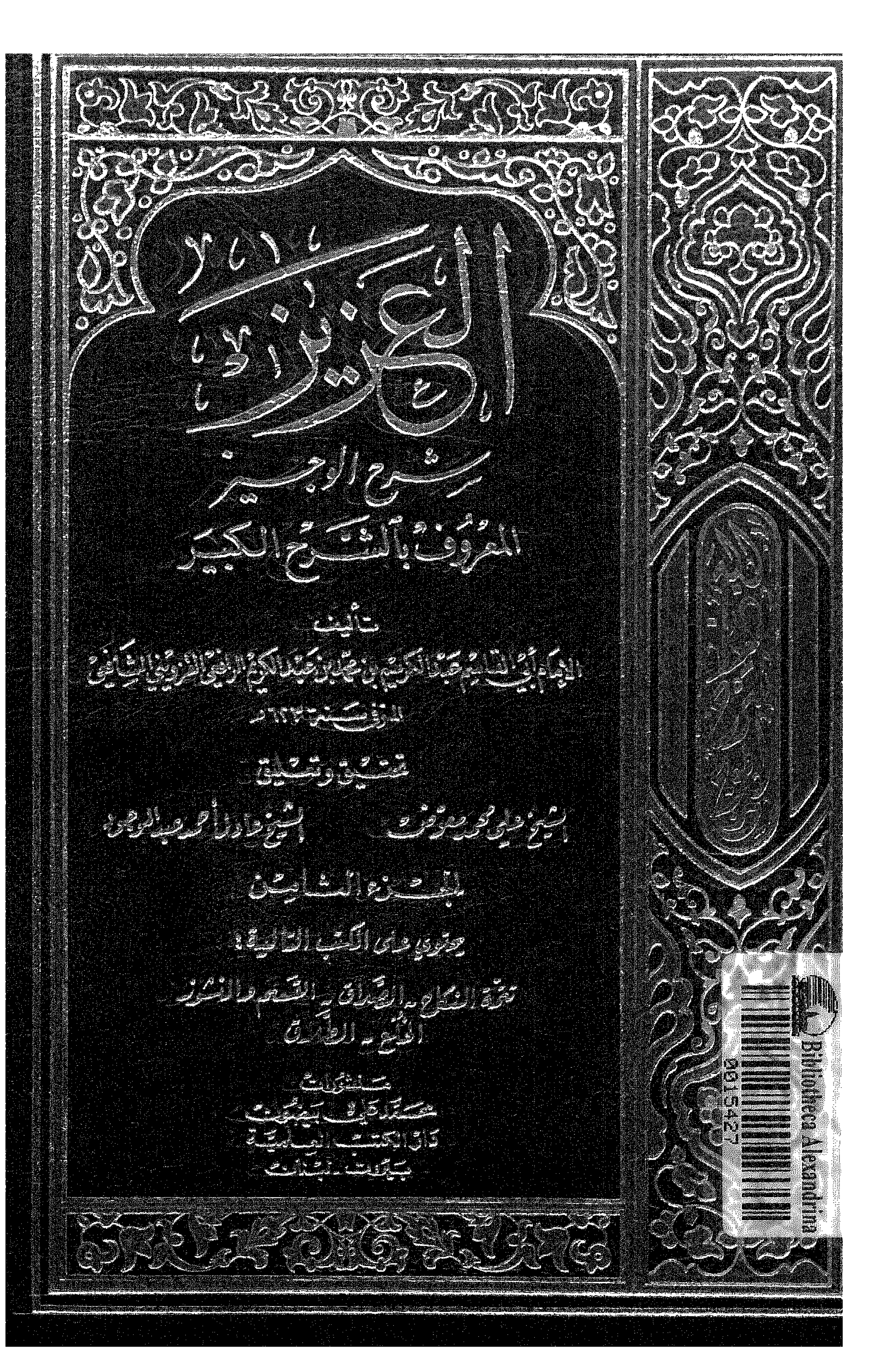

العزيز
شرح الوجيز
المعروف بالشرح الكبير
تأليف
الإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي
المتوفى سنة ٦٢٣ هـ
تحقيق وتعليق
الشيخ علي محمد معوض
الشيخ عادل أحمد عبد الموجود
الجزء الثامن
يحتوي على الكتب التالية:
تتمة النكاح - الصداق - القسم والنشوز
الخلع - الطلاق
منشورات
محمد علي بيضون
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان
Bibliotheca Alexandrina
0015427









شرح الوجيز

المعروف بالشرح الكبير

تأليف

الإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي

المتوفى سنة ٦٢٣ هـ

تحقيق وتعليق

الشيخ علي محمد معوض الشيخ عادل أحمد عبد الموجود

الجزء الثامن

يحتوي على الكتب التالية:

تتمة النكاح ـ الصداق ـ القسم والنشوز

الخلع ـ الطلاق

دار الكتب العلمية

بيروت ـ لبنان

الطبعة الأولى

١٤١٧هـ - ١٩٩٧م

دار الكتب العلمية

بيروت ـ لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١) ٠٠
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH

Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohtory st., Melkart bldg., 1st Floore.
Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

القول في اجتماع الأولياء

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الفَصْلُ الثَّامِنُ فِي تَزَاحُمِ الأَوْلِيَاءِ) فَإِذَا اجْتَمَعَ إِخْوَةٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ أَنْ يَنْفَرِدَ بِالتَّزْوِيجِ مِنْ كُفْءٍ بِرِضَاهَا لَكِنَّ الأَوْلَى التَّفْوِيضُ إِلَى الأَسَنِّ وَالأَفْضَلِ، وَإِنْ تَزَاحَمُوا أُقْرِعَ بَيْنَهُمْ، فَإِنْ بَادَرَ مَنْ لَمْ تَخْرُجْ قُرْعَتُهُ انْعَقَدَ.

قال الرَّافِعِيُّ: إذا اجتمع لِلْمَرْأَةِ أولياء في درجة واحدة كالإخوة وَبَنِيهِم والأعمام وبنيهم، فَالأَوْلَى أن يزوجها أشبههم وأفضلهم بالفقه أو بالورع برضا الآخرين، أمَّا تقديم ألأَسَنِّ فلزيادة تَجْرِبَتِهِ، وَأَمَّا الأورع فإنه أشفق وأحرص على طلب الْحَظِّ، وأما الأفقه فإنه أعلم بِشَرَائِطِ النِّكاح، وأما رِعَايَةِ رضا الآخرين فلتجتمع لآراء، ولا يتأذى بعضهم باستئثار البعض.

وإذا تعارضت هذه الخِصَالِ، فيقدم ألأَفْقَهُ، ثُمَّ ألأَوْرَعَ، ثم ألأَسَنَّ، ولو زوج منهم غير الأسن والأفضل برضا الْمَرْأَةِ من كفء صح، ولا اعتراض للباقين، وليست هذه الولاية كولاية القِصَاصِ حيث يشترط اتفاق الأولياء على الاستيفاء؛ لأَنَّ القِصَاصَ مبني على الدرء والإسقاط، والنِّكَاحُ مَبْنِيٌّ على الإثبات والإلزام، ولهذا لو عضل واحدِ من الأولياء زوج الآخرون، ولو عفا واحد عن القِصَاصِ سقط حَقُّ الكل، ولو أنهم اشتجروا وأراد كل واحد منهم أن يزوج نظر إن تعدد الخاطب، فالتزويج ممن ترضاه المرأة، فإن رضيتهما جميعاً نَظَرَ القَاضِيُ في الأصلح وأمر بالتزويج منه. ذكره «صَاحِبُ التَّهْذِيبِ» وغيره.

وإن اتحد الخاطب، وتزاحموا على العَقْدِ أُقْرِعَ بينهم، فمن خرجت قُرْعَتُهُ زوجها، وإن بادر غيره وزوجها.

فوجهان:

أحدهما: أنه لا يصح النِّكَاحُ ليظهر فائدة القرعة، وهذا الوجه يختص بما إذا أخرجوا القرعة من غير ارتفاع إلى مجلس الحكم، أم يختص [بقرعة

ينشئها][1] السلطان؟ فيه تردد للإمام.

وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب أنَّ النِّكَاحَ صَحِيْحٌ وليست الْقُرْعَةُ لسلب ولاية البعض، وإنما هي لقطع المنازعة، وهذا إذا كانت قد أذنت لكل واحد منهم على الانفراد، وفي معناه أَنْ تقول: أذنت [في تزويجي][2] من فلان فمن شَاءَ من أوليائي زَوَّجَنِي منه ولو قالت: زَوِّجوني منه. فهل يشترط اجتماعهم؟.

فيه وجهان:

أظهرهما: نعم، ولو قالت: رضيت أن أُزَوَّجَ، أو رضيت بفلان زوجاً، فأحد الوجهين: أنه ليس لأحد منهم تزويجها؛ لأنها لم تأذن لجميعهم بلفظ عام، ولا خاطبت واحداً منهم على التَّعْيِينِ، فأشبهت ما إذا قالت: رضيت بأن يباع مالي.

وأظهرهما: أنه يكتفي به، ولكل واحد منهم تزويجها؛ لأن الأولياء متعينون للتصرف شرعاً، والمشروط الرضا من جهتها وقد وجد. وعلى هذا فلو عَيَّنَتْ بعد ذلك واحداً هل ينعزل الآخرون؟. فيه وجهان؛ لأن في التخصيص إشعاراً يرفع الإطلاق. والمذكور من الوجهين في «الرقم» انعزال الآخرين.

وفي «التَّهْذِيْبِ» مقابله، ورأى بعض متأخري الأصحاب بناء الوجهين على أن المفهوم هل هو حجة أم لا؟.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَإِنْ بَادَرَ ٱثْنَانِ وَعَقَدَا مَعَ شَخْصَيْنِ فَالصَّحِيحُ السَّابِقُ، وَإِنْ أَمْكَنَ وُقُوعُهُمَا مَعاً ٱنْدَفَعَا، فَإِنْ سَبَقَ وَاحِدٌ ونَسِينَا السَّابِقَ بَقِيَ النِّكَاحُ (و) مَوْقُوفاً أَبَداً، وَإِنْ لَمْ يُعْرَفِ السَّابِقُ مِنْهُمَا أَصْلاً يَنْفَسِخُ النِّكَاحُ لِلتَّعَذُّرِ فِي قَوْلٍ، وَيَتَوَقَّفُ فِي قَوْلٍ، وَالقَاضِي يُنْشِىءُ الفَسْخَ، وَقِيلَ: لِلمَرْأَةِ ذَلِكَ، وَقِيلَ: لِلزَّوْجَيْنِ أَيْضاً ذَلِكَ، وَعَلَيْهِمَا النَّفَقَةُ (و) قَبْلَ الفَسْخِ لِلحَبْسِ، وَلاَ مَهْرَ لِعَدَمِ اليَقِينِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا أَذِنَتِ الْمَرْأَةُ لأحد الوَلِيَّيْنِ في التزويج من زيد، وللآخر في التزويج من عمرو، أو أطلقت الإِذن لهما وجوزناه فزوجها أحدهما من زيد، والآخر من عَمْرٍو، أو وكل الولي المخير رجلاً بالتزويج، فزوجها الوكيل من زيد، والولي من عمرو، أو وَكَّلَ اثنين فزوج أحدهما من زيد، والآخر من عمرو فللمسألة خَمْسُ صُوَرٍ:

إحداها: أنْ يسبق أَحَدُ النَّاكِحِيْنَ، فالصحيح السابق والثاني: باطل سواء دخل بها الثاني، أو لَمْ يَدْخُلْ.

---

(١) في ز: بنسبها.

(٢) سقط في ز.

وقال مالك ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ: إنْ دَخَلَ بها الثَّاني، فهي زوجة الثاني.

لنا: ما روي عن سَمُرَةَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أَنَّ النَّبِيَّ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ قَالَ: «إِذَا أَنْكَحَ الْوَلِيَّانِ فَالأَوَّلُ أَحَقُّ»[1] ويروى: «أَيُّ امْرَأَةٍ زَوَّجَهَا وَلِيَّانِ فَهِيَ للأَوَّلِ مِنْهُمَا» وإنما يعرف السبق، إما بالتقار أو ببينة تقوم عليه.

الثانية: إذا وقعا معاً، فهما باطلان فإنَّ الجمع ممتنع، وليس أحدهما بأولى من الآخر، فأشبه ما لو نكح أختين في عقد واحد.

فَرْعٌ: لو اتَّحَدَ الْخَاطِبُ، وَأَوْجَبَ كُلُّ وَاحِدٍ من الوليين النِّكَاحَ معاً، فأظهر الوجهين: الصحة، ويقوي كل واحد من الإيجابين بالثاني وحكى أبو الحسن العبادي عن القاضي وغيره: أنه لا يصح؛ لأنه ليس أحدهما أولى بالاعتبار من الثَّاني فتدافعا.

الثالثة: إذا لم يعلم السبق، ولا المعية، واحتمل الأمران معاً فالنكاحان باطلان؛ لأنهما إنْ وَقَعا مَعاً تَدَافَعَا، وإن كان بينهما تَرَتُّبٌ، فلا اطِّلاَعَ على السَّابِقِ منهما، وإذا تعذر إمضاء العقد لغا، وأيضاً فإن المعية محتملة، والأصل في الأَبْضاع الْحُرْمَةُ فيستدام إلى أن يتيقن النكاح هكذا أطلقه الأكثرون ونقل الإمام وغيره وجهاً: أنَّهُ لا بُدَّ من إنشاء فسخ؛ لأن الترتيب محتمل، وبتقدير الترتيب فالسابق من العقدين صحيح، فيحتاج إلى الفسخ ليرتفع، وشبه هذا الخلاف بالخلاف في أنَّ البيع بعد تحالف المتبايعين يَنْفَسِخُ، أو يُفْسَخُ.

الرابعة: إذا سبق واحد معين، ثم التبس، وأشكل الأمر، فيوقف حتَّى يتبين الحال، ولا يجوز لواحد منهما غشيانها، ولا لثالث نكاحها قبل أن يطلقاها، أو يموتا أو يطلق أحدهما، ويموت الثاني[2] وعن الشيخ أبي مُحَمَّدٍ وغيره: أن من الأصحاب مَنْ أَجْرَى القولين المذكورين في الصُّورَةِ الخامسة من هذه الصورة إذا تحقق اليأس باليقين.

الخامسة: إذا عرف سبق أحدهما، ولم يعلم أَيُّهما سَبَقَ فالنَّصُّ وظاهر المذهب أَنَّ الحكم كما لو احتمل السبق، والمعية لتعذر الإمضاء، والعلم بتقدم أحدهما لا يُغني إذا لم يعلم المتقدم. وهذا كما أن المتوارثين إذا غرقا وماتا لا يفترق الحال بين ألاَّ يعرف السبق والمعية، وبين أن يُعرفَ سبقُ أحدهما من غير تعيين، وقد سبق في

---

(١) أخرجه أحمد والدارمي وأبو داود والترمذي والنسائي، من حديث قتادة عن الحسن، عن سمرة باللفظ الثاني، حسنه الترمذي وصححه أبو زرعة وأبو حاتم والحاكم [٢/ ١٧٥] في المستدرك، وذكره في النكاح بألفاظ توافق اللفظ الأول، وصحته متوقفة على ثبوت سماع الحسن من سمرة، فإن رجاله ثقات، لكن قد اختلف فيه على الحسن، ورواه الشافعي وأحمد والنسائي من طريق قتادة أيضاً، عن الحسن عن عقبة بن عامر، قال الترمذي: الحسن عن سمرة في هذا أصح، وقال ابن المديني: لم يسمع الحسن من عقبة شيئاً، وأخرجه ابن ماجة من طريق شعبة عن قتادة عن الحسن عن سمرة أو عقبة بن عامر قاله الحافظ.

(٢) قال النووي: ولا بدّ من انقضاء عدتها بعد موت آخرهما.

الجمعتين في مثل هذه الصورة ذكرُ قولين:

أحدهما: بطلانهما واستئناف جمعة، وهو كالمنصوص ها هنا.

والثاني: أَنَّ الْحُكْمَ كما لو عرفت السابقة ثم اشتبهت فيعيدون جميعاً الظهر، فمن الأصحاب من خرج هذا القول في النِّكَاحَينِ أيضاً.

وقال بالتوقف كما في الصورة الرابعة، ومنهم من أباه فرقاً بأن الجمعة بعد تمامها على الصحة لا يلحقها البطلان، والنِّكَاحُ يلحقه الفسخ بأسباب وأعذار، وإذا ألحقنا هذه الصورة بما إذا احتمل السبق والمعية فيبطلان، أو لا بدّ من إنشاء الْفَسْخِ فيه الخلاف المذكور هناك، فإن أحوجنا إلى إنشاء الفسخ فيه ففيمن يفسخ ثلاثة أَوْجُهٍ مَنْقُولَةٌ في «النهاية».

أشبهها: أنه لا ينشىء الفسخ إلاَّ الحاكم، أو المحكم إذا جَوَّزْنَا التحكيم؛ لأن في الواقعة إشكالاً والتباساً، فيحتاج فيها إلى نَظَرٍ وَاجْتِهَادٍ.

والثاني: أَنَّ للمرأة الْفَسْخَ من غير مراجعة الحاكم، كما تفسخ تحت الزوج.

والثالث: أَنَّ للزوجين الفسخ أيضاً كم يفسخ الزوج برتق الزوجة، ثم نختم الصور بجملتين:

إحداهما: حيث حكمنا ببطلان النكاحين، فلا مَهْرَ على كُلِّ واحد منهما إلاَّ أن يفرض دخول، فيجب مَهْرُ الْمِثْلِ، وإذا قلنا بالبطلان عند احتمال السبق والمعية، وفيما إذا سبق أحدهما، ولم يعلم السابق على أحد القولين كيف الحال ـ أنقول بالبطلان ظاهراً وباطناً؟ أم نقول به ظاهراً لا باطناً؟.

ذكروا فيه وجهين: إن قلنا بالأول، فلو ظهر وتعين السابق يوماً من الدهر فلا زوجية، ولو كانت قد نكحت ثالثاً فيه زوجته، وإن قلنا بالثاني فالحكم بخلافه ويشبه أن يقال هذا الخلاف، والخلاف المذكور في أنهما يبطلان ويرتفعان بنفسهما، أو يحتاج إلى الرفع والفسخ شيء واحد، والاختلاف إنما هو في الْعِبَارَةِ لكن قال في «التَّهْذِيبِ»:

الاحتياط أن يَقُولَ الْحَاكِمُ: فَسَخْتُ نِكَاحَ مَنْ سبق وإذا فسخ، أو لم يفسخ، فلا نكاح بينهما في الظاهر، وفي الباطن وجهان. هذا لفظه واللَّهُ أعلم بالصواب.

الثانية: إذا قلنا بالتَّوَقُّفِ فلو مات أحدهما، وقفنا من تركته ميراث زوجته، ولو ماتت هي وقفنا ميراث زوج بينهما، حتى يصطلحا أو يتبين الحال، وهل يطالبان بالنفقة؟.
فيه وجهان:

أحدهما: لا، لأَنَّ ٱلأَصْلَ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ، ونحن لا نتيقن وجوب النفقة على واحد منهما، ولأن كل واحد منهما يقول: إن كانت في نكاحي فمكنوني من الاسْتِمْتَاعِ بها، فإن تعذر ذلك فلاَ أُنفِقُ.

والثاني: نَعَمْ؛ لجريان صُورَةِ الْعَقْدِ، وعدم النُّشُوزِ، وكونها في حَبْسِهِمَا والأول أَظْهَرُ عند الإمام، وبالثَّانِي أَجَابَ الْقَاضِيُ ابنُ كَجٍّ، وعلى هذا فيوزع عليهما، وإذا ظهر

السَّبْقُ لأحدهما، وتعين رجع الآخر عليه بما أنفق عليه.

قال الشَّيْخُ أَبُو عَاصِمٍ: ويحتمل أن يُقَالَ: إنما يرجع إذا كان قد أَنْفَقَ بغير إذن الحاكم، وَبِهَذَا جزم الْقَاضِي ابنُ كَجٍّ، وأما المهر فلا يطلب به واحد منهما لمكان الإشكال، ولا سَبِيْلَ إلى إلزام مَهْرين ولا إلى قسمة مَهرٍ عليهما، ونعود إلى ألفاظ الكتاب.

اعلم أن الصُّوَرَ الْخَمْسَ مَذْكُورَةٌ في الكتاب سُوَى الثَّانِيَّةُ، وإنما تركها لوضوحها.

وقوله: «والصَّحِيْحُ السابق» ـ يجوز إعلامه بالميم لما ذكرنا من مَذْهَبِ مَالِكٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ عند دخول الثاني.

وقوله: «[يبقى][1] النكاح موقوفاً» بالواو.

وقوله: «يفسخ النِّكَاحُ للتعذر ويوقف في قول» يجوز أن يعلم القولان بالواو إشارة إلى الطريقة القاطعة، ولفظ «الفسخ» ظاهرة يقتضي ألاَ يَرْفَعَ النِّكَاحَ ولا يَنْفَسِخُ بنفسه، ولكن ينشيء فسخه وقد ادَّعى في «الْوَسِيْطِ» أنه الأصح فكأنه جرى ها هنا على ما رجحه.

وقوله: «من قبل وإن أمكن وقوعهما معاً اندفعا» يجوز إعلامه بالواو، وإن كَانَ الْمُرَادُ الْبُطْلاَنُ والارتفاع، ونظم الكتاب حيث اقتصر في هذه الصُّورَةِ على هذا القدر، وتكلم في صورة القولين في الفسخ وفيمن ينشئه ربما أوهم الْفَرْقَ بينهما في الحكم، وفي الحقيقة لا فرق إذا لم يقل بالتوقف في صورة القولين.

وقوله: وعليهما النَّفَقَةُ قبل الْفَسْخِ للحبس أراد به لو تأخر الفسخ حَيْثُ رأينا إنشاء الفسخ، فالنفقة مَقْسُومَةٌ عليهما، وهذا الحكم لا يختص بهذا التَّقْدِيرِ، بل يجري حَيْثُ قلنا بالتوقف إلى أن يتبين الأمر، وفيه وضع الإمام الكلام، ثم هو معلم بالواو للوجه الذاهب إلى أنه لا نفقة على وَاحِدٍ مِنْهُمَا.

قَالَ الغَزَالِيُّ: فَإِنِ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ عَلَيْهَا العِلْم بِالسَّبْقِ فَعَلَيْهَا أَنْ تَحْلِفَ، فَإِنْ حَلَفَتْ بَقِيَ التَّدَاعِي بَيْنَهُمَا، فَإِنْ حَلَفَ أَحَدُهُمَا دُونَ الآخر ثَبَتَ النِّكَاحُ لَهُ، وَإِنْ أَقَرَّتْ لِوَاحِدٍ فَلِلثَّانِي أَنْ يُحَلِّفَهَا عَلَى أَصَحِّ القَوْلَيْنِ لأَنَّهَا لَوْ أَقَرَّتْ لِلثَّانِي لَغَرِمَتْ لَهُ، وَإِنْ نَكَلَتِ اسْتَحَقَّ الثَّانِي باليَمِينِ المَرْدُودَةِ الغُرْمَ، وَفِيهِ قَوْلٌ: أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ الزَّوْجِيَّةَ، وَكَأَنَّ إِقْرَارَهَا لِلأَوَّلِ أَوْجَبَ الحَقَّ بِشَرْطِ أَنْ تَحْلِفَ لِلثَّانِي، وَإِنْ لَمْ يَدَّعِ وَاحِدٌ العِلْم عَلَيْهَا لَكِن ادَّعى عَلَيْهَا زَوْجِيَّةً مُطْلَقَةً فَفِي سَمَاعِ مِثْلِ هَذِهِ الدَّعْوَى وَجْهَانِ، وَلَوِ ادَّعَيَا عَلَى الوَلِيِّ فَفِي سَمَاعِ الدَّعْوَى عَلَى الوَلِيِّ وَتَحْلِيفِهِ وَجْهَانِ عَلَى الإِطْلاَقِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: جميع ما تقدم فيما إذا تصادقوا في كيفية جريان العقد، أما فرض

---

(١) في ز: نفي.

نزاع فَزَعَمَ كُلُّ وَاحِدٍ من الزَّوْجَيْنِ أَنَّ نِكَاحَهُ سابق وأنها زوجته فينظر إن لم يوجِّها الدعوى عليها فلا عبرة بقولهما ولا تسمع دعوى أحدهما على الآخر، ولا يُحَلِّفَ أحدهما الآخر؛ لأن الْحُرَّةَ لا تدخل تحت اليد، وليس في يد واحد منهما ما يدعيه الآخر، هذا ما قاله أكثرهم.

وعَنِ الصَّيْدَلاَنِيِّ - وهو جواب العبادي في «الرَّقْم»: أنهما يحلفان فلعله يظهر الْحَقُّ.

قال الإِمَامُ: وهذا لاَ مَجَالَ لَهُ إن كانا يزعمان علم المرأة بالحال، بل تراجع هي، نعم لو اعترفا بأنها لا تعلم فهو محتمل وينقدح[1] في البداية تخير القاضي أو الإقراع، فإن حَلَفَا أو نكلا، فهو كما لو اعترفا بالإشكال ولو حلف أحدهما دون الآخر قضى للحالف، وإن ادَّعيا على المرأة، فذلك يصور على وجهين:

أحدهما: أن يَدَّعِيَا عليها العلم بالسبق، فإن كانت الصيغة أنها تعلم سبق أحد النكاحين لم تسمع الدعوى للجهل، وإن قال كل وَاحِدٍ: هي تعلم أن نكاحي سابق ذكر صاحب «التَّقْرِيبِ» والشيخ أبو مُحَمَّدٍ وغيرهما من الأئمة، أنه يبني على القولين في أن إقرار المرأة بالنكاح هل يقبل؟.

وفيه قولان قدمناهما فإن قلنا: لا يقبل لم تسمع الدعوى عليها لأن غاية ما في الباب أن تُقِرَّ وهو غير مَقْبُولٍ على هذا الْقَوْلِ، وإن قلنا: يقبل - وهو الصحيح - فتسمع الدَّعْوَى عليها، وحينئذٍ فإمَّا أن تنكر أو تُقِرُّ.

الحَالَةُ الأُوْلَى: إذا أنكرت العلم بالسبق، فتحلف عليه، ويكفي يمين واحدة أم لا بدّ من يمينين؟ - أطلق في «التَّهْذِيبِ» أنها تحلف لكل واحد يميناً.

وعن القَفَّالِ: أنهما إن كانا حاضرين في مجلس الحكم وادَّعيَا حلفت لهما يميناً واحدة، وهذا ما يَدُلُّ عليه كَلاَمُ القَاضِي ابنِ كَجٍّ ويطابقه إيراد الإمام، إلاَّ أنه اعتبر مع الحضور الرِّضَى فقال: إن حضرا ورضيا بيمين واحدة حلفت يميناً واحدة وإن حضر أحدهما وادعى فحلفت له، ثم حَضَرَ الآخَرُ وَأَرَادَ تَحْلِيفَهَا. هَلْ لَهُ ذَلِكَ؟ حكى فيه وجهين:

وجه أحدهما: تَمَيُّزُ حق كل واحد منهما عن الثَّانِي، ووجه الآخر أن الْوَاقِعَةَ وَاحِدَةٌ، ونفي العلم بالسبق يشملهما جميعاً، فلا معنى للتكوير، وأجرى هذا الْخِلاَفَ فِي كُلِّ خِصْمَيْنِ يدعيان شَيْئاً واحداً، ثم إذا حلفت كما ينبغي، فَمِنْهُم مَنْ قَالَ: لا تحالف بين الزوجين وقد أَفْضَى الأَمْرُ إلى الإِشْكَالِ، واستضعفه الإِمَامُ وقال: إن حلفت هي على نفي العلم بالسَّبْقِ، ولم تنكر جريان أحد العقدين على الصحة، فوجب أن يبقى التداعي والتحالف بينهما، وإنَّما الَّذِي أنكرناه التَّحَالُفَ ابتداء من غير رَبْطِ الدَّعْوَى بها، وهذا هو المذكور في الكتاب، وإن نكلت هي رددنا اليمين عليهما، فإن حلفا أو

---

(١) في ز: ويتقدم.

نكلا جاء الإشكال وإلاَّ قضى للحالف، وإذا حلفا أو نكلا، فلا شيء لهما على المرأة.

وفي كتاب الحَنَّاطِيِّ ذِكْرُ وَجْهٍ: أنهما إذا حلفا واندفع النِّكَاحَانِ فلكل واحد منهما عليها مَهْرُ الْمِثْلِ، ويمينها حلفت أو نكلت تكون على البت دون العلم، ولا حَاجَةَ إلى التعرض لعلمها.

الحالة الثانية: إذا أقرت لأحدهما بالسبق، فيثبت النِّكَاحُ للمقرِّ له وهل تسمع دعوى الثاني عليها ـ وهل له تحليفها؟.

فيه قولان مبنيان على أنها لو أَقَرَّتْ للثَّانِي بعد ما أَقَرَت لِلأَوَّلِ. هل تَغرَمِ للثاني شيئاً؟.

وفيه القولان المعروفان فيما إذا قال: هذه الدَّارُ لِزَيدٍ، لا بل لِعَمْرٍو، وقد مرا بشرحهما فإن قلنا: تغرم سمعت دعوى الثَّانِي وله التحليف رجاء أن يُقِرَّ فيغرمها وإن لم تحصل له الزوجية، وإن قلنا لا يغرم فقولان مبنيان على أن يمين المدعي بعد نكول المدعى عليه، كإقرار المدعى عليه، أو كإقامة البيِّنَةِ من جهة المدعي، وفيه قولان يذكران في موضعهما إن قلنا كالإقرار لم تسمع دعواه؛ لأن غاية ما في الباب أَنْ يقر أو ينكل فترد اليمين عليه فيحلف فيكون كما لو أَقَرَّتْ، ولا فائدة فيه على الْقَوْلِ الذي عليه يقرع، وإن قلنا: كَالْبَيِّنَةِ فله أن يدعي وتحلف فإذا حلفت، فإما أن تحلف فتسقط دعوى الثاني، أو تنكل فترد اليمين عليه، فإن نكل فكذلك، وإن حلف فيبنى على أَنَّ الْيَمِينَ الْمَرْدُودَةَ كالإقرار، أَوْ كَالْبَيِّنَةِ إن قلنا كالإقرار، وهو الأصح فوجهان:

أحدهما: أَنَّهُ يَنْدَفِعُ النِّكَاحَانِ لتساويهما في الْحُجَّةِ.

أما الأول فقد أقرت له، وَأَمَّا الثَّانِي؛ فلأنه حلف اليمين المردودة، وهي كالإقرار، فَصَارَ كما لو أقرت لهما معاً، وهذا حكاه القاضي أَبُو حَامِدٍ والشيخ أبو مُحَمَّدٍ عن نصه في «الْقَدِيم».

وأصحهما: استدامة النِّكَاحِ الأول؛ لأنه قد مَضَى الْحُكْمُ به بإقرارها، فلا يرفع بِنُكُولِهَا المحتمل للتورع عن اليمين الصادقة، فيكون كما لو أقرت للأول، ثم للثاني، وإن قلنا: إنها كَالْبَيِّنَةِ، فقد قيل بحكم النِّكَاحِ الثاني؛ لأن البينة تقدم على الإقرار، وهذا هو المذكور في «الْمُهَذَّبِ» وقال الصَّيْدَلاَنِيُّ وآخرون: إنها منكوحة الأول؛ لأن اليمين المردودة إنما تُجْعَلُ كالبينة في حَقِّ الْحَالِفِ وَالنَّاكِلِ لاَ فِي حَقِّ غيرهما، وإذا تركت الأصل المبنى عليه، واقتصرت قلت: يندفع النكاحان أم تسلم للأول أو للثاني؟.

فيه ثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ:

إن سلمت للأول غرمت للثاني، وحيث تغرم، فالواجب عليها هو الواجب على شهود الطلاق إذا رجعوا، وفيه خِلاَفٌ يجيء في موضعه إن شَاءَ اللَّهُ ـ تَعَالَى ـ.

فَرْعٌ: لو كانت خَرْسَاءُ، أو خَرَسَتْ بَعْدَ التَّزْوِيجِ، فأقرت بالإشارة بسبق نِكَاحِ أَحَدِهِمَا لزمها الإقرار، وإلا فلا يمين عليها، والحال حال الإِشكال. يحكى هذا عن نَصِّهِ.

آخر: لو حلفت لأحد المدعيين أنها لا تعلم سبق نكاحه لم تكن مقرة بسبق نكاح الآخر، ولو قالت لأحدهما: لم يسبق نكاحك تكون مُقِرَّةً لِلآخَرِ. ذكره الإمام وصاحب «التَّهْذِيبِ» وكان الْمُرَادُ إذا جرى ذلك بعد إقرارها بسبق أحدهما، وَإِلاَّ فَيَجُوزُ ألا يسبق هذا، ولا هذا بأن يقعا معا.

الوجه الثاني: أن يدعيا عليها زوجية مطلقة، و لا يتعرضا للسبق، ولا يعلمها بالسبق، فهذا ينبني على أَنْ دَعْوَى النِّكَاحِ هَلْ يَشْتَرَطُ فِيْهَا التَّفْصِيلُ وذكر الشرائط؟ وأنه هل يفرق بين أن يدعي ابتداء النِّكَاحِ فيقول: نكحت هذه. أو دوامه فيقول: هذه زوجتي وبيانه موكول إلى كتاب «الدَّعَاوَى» والله ييسره فإن سمعنا دعوى النِّكَاحِ مطلقة، أو فصلا القدر المحتاج إليه، ولم يتعرضا للسبق، فعليها الجوابُ البَاتُّ، ولا يكفيها في هذه الْمَسْأَلَةِ نَفْيُ الْعِلمِ بِالسَّابِقِ من النِّكَاحِينِ، لكنها إذا لم تعلم فَلَهَا الْجَوَابُ البَابُّ وَالْحَلِفُ على أَنَّهَا ليست زوجته، وهذا كما أنه لو ادعى على إنسان أنَّ أَبَاهُ أتلف عليه كَذَا، وَأَرَادَ تَغْرِيمَهُ من التَّرِكَةِ.

قالوا فالوارث يحلف على أَنَّهُ ما يعلم من أبيه إِتْلاَفاً.

وَلَوِ ادَّعَى أَنَّ عليه تسليم كذا من التركة، فيحلف أَنَّهُ لا يلزمه التسليم، وعدم العلم يجوز له الْحَلِفُ الْبَاتُّ، هذا كُلُّهُ فيما إذا كانت الدَّعْوَى عَلَى الْمَرأةِ.

فَأَمَّا إذا ادعيا على الولي نظر إن لم يكن مجبراً لم تسمع الدعوى عليه، ولم يحلف؛ لأنه لو أقرّ لم يقبل إقراره، وإن كان مجبراً فوجهان:

أحدهما: أنّ الجواب كذلك؛ لأنه عاقد كالوكيل والعقد لغيره.

وأظهرهما: سَمَاعُ الدَّعْوَى عليه؛ لأن إِقْرَارَهُ مَقْبُولٌ كما مَرَّ، ومن يقبل إقراره يتوجه عليه الدَّعْوَى واليمين، وَعَلَى هذا إن كانت المدعي نكاحها بكراً صغيرة، فيحلف الأب، وَإِن كَانَتْ بِكْراً بَالِغَةً فوجهان:

أَحَدُهِمَا: لا يحلف؛ لأنا نقدر على تحليفها، وهي أَوْلَى بِالْيَمِينِ.

وأشبههما: نَعَمْ، ثم إنْ حَلَفَ الأَبُ كان للمدعي أن يحلف البنت أيضاً، فإن نكلت حَلَفَ الْيَمِينَ المردودة، ويثبت النِّكَاحُ.

وفي «التَّهْذِيبِ»: أنَّ الْمَرْأَةَ إن كانت بالغة بكراً، أو ثَيِّباً تكون الدعوى عليها، ـ والله أعلم ـ.

وقوله: «وعليها أن تحلف»، أي: على نَصِّ الْعِلمِ إِنْ أَنْكَرَتْ.

وقوله: «نَفْيُ التَّدَاعِي بينهما» معلم بالواو.

وقوله: «على أَصَحِّ القولين؛ لأنها لو أقرت للثاني لغرمت له»، فيه إشارة إلى مبني القولين كما بَيَّنَّا، ويجوز إعلام قوله: «لغرمت لما» للقول الثاني.

وقوله: «وكأن إقرارها إنما أوجب الحقَّ بشرط أن تحلف للثاني» معناه أنا إذا حكمنا بالنكاح للثاني عند حلفه اليمين المردودة لم يفد إقرارها للأول حق النكاح مطلقاً، بل يشترط ألاَّ تنكل عن يمين الثاني قوله: «وفي سَمَاعِ هَذِهِ الدَّعْوَى» إشارة إلى أنَّ الْخِلاَفَ في سماع دَعْوَى الزَّوْجِيَّةِ مطلقة مطرداً لا اختصاص له بصورة جريان العقدين وقوله: «فَفِي سَمَاعِ الدَّعْوَى عَلَى الْوَلِيِّ» يَعْنِي: الْوَلِيَّ الْمُجْبَرَ.

وقوله: «وجهان على الإِطلاق» ـ المقصود منه: بيان أنَّ الْخِلاَفَ في الدَّعْوَى على الولي لا يختص بما إذا فُرِضَ عقدان ومدعيان، وهذا تمام الباب الأول.

البَابُ الثَّانِي فِي المَوْلِيِّ عَلَيْهِ

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَلاَ يُوَلَّى فِي النِّكَاحِ إِلاَّ عَلَى نَاقِصٍ بِصِغَرٍ أَوْ جُنُونٍ أَوْ سَفَهٍ أَوْ رِقٍّ أَوْ أُنوثَة وَقَدْ سَبَقَ حُكْمُ الأُنُوثَةِ وَالصِّغَرِ (أَمَّا الْمَجْنُونُ الكَبِيرُ) فَلِلأَبِ التَّزْوِيجُ مِنْهُ عِنْدَ ظُهُورِ الحَاجَةِ، وَلاَ يَزِيدُ عَلَى وَاحِدَةٍ وَإِنْ كَانَ لَهُ أَنْ يُزَوِّجَ مِنَ الصَّغِيرِ العَاقِلِ أَرْبعاً (و)، وَلاَ يُزَوِّجُ مِنَ المَجْنُونِ الصَّغِيرِ فِي وَجْهٍ.

«نقصان الولاية ونكاح المجنون»

قال الرَّافِعِيُّ: لاَ شَكَّ أَنَّ الشَّخصَ إنما يُوَلَّى عَلَيْهِ لِنُقْصَانٍ فيه، وَقُصُورٍ في النَّظَرِ والأهلية، والنقصان المقتضي لنصب الولي خمسة: الصِّغَرُ، والأُنُوثَةُ، والجُنُونُ والسَّفه والرِّقُّ، وقد سبق حكم الأَوَّلَيْنِ [و]الثالث: الجنون.

وَالْكَلاَمَ في التزويج من المجنون، وفي تزويج المجنونة.

أَمَّا المجنون فإن كَانَ كبيراً، فلا يزوج منه إن لم تدعُ الْحَاجَةُ إليه، لما فيه من لُزُومِ الْمَهْرِ والنفقة عليه من غَيْرِ حَاجَةٍ تدعو إليه، وليس كالصغير؛ لأَنَّ للصَّغِيرِ غاية يتوقع بعدها كماله، فلا يُرَاعَى في نكاحه إِلاَّ الْمَصْلَحَةُ، فإن دعت إليه حاجة فتزوج منه.

والحاجة تقع من وجهين:

أحدهما: أن تَظْهَرَ رَغْبَتُهُ فِي النِّسَاءِ بأن يَحُومَ حَوْلَهُنَّ وَيَتَعَلَّقَ بِهِنَّ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ.

والثاني: أنْ يحتاج إلى امرأة تتعهده وتخدمه، ولا توجد من محارمه من يقوم بهذا الشُّغْلِ، وتكون مؤنة النِّكَاحِ أَخَفَّ من مؤنة شراء أَمَةٍ. ...

هكذا ذكر صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» وآخرون، ولك أن تقول: إذا لم يجب على الزوجة خدمة الزوج وتعهده، فكيف تزوج منه لهذا الغرض، وربما تمتنع المرأة من أن تخدمه، ولا تفي وإن وعدت وربما يلحق بالوجهين ما إذا توقع شفاؤه بالنِّكَاحِ، وإذا جاز التزويج من تولاه ٱلأَبُ أو الجَدُّ، فَإِنْ لم يكونا فالسلطان دون سائر العصبات كما أنه يلي ماله.

وأما المجنون الصغير: ففي وجه يزوج منه كما يزوج من العاقل، وعلى هذا فلا يتولاه إلاَّ ٱلأَبُ وَالْجَدُّ، وَالْمَذْهَبُ الظَّاهِرُ مَنْعُ التَّزْوِيجِ منه؛ لأنه لاَ حَاجَةَ إليه في الحال، وبعد البلوغ لا يدري كيف يكون الأمر، بخلاف الصغير العاقل فإن الظاهر حاجته إلى النِّكَاحِ بعد البُلُوغِ، وَلاَ مَجَالَ لِحَاجَةِ التَّعَهُّدِ والخدمة فإن الأجنبيات يجوز أن يَقُمْنَّ بخدمته.

وعن الشَّيخِ أَبِي مُحَمَّدٍ: أنه خرّج على هذين الوجهين التزويج من الصِغِيرِ الْمَمْسُوحِ، ومتى جَازَ التَّزْوِيجُ مِنَ الْمَجْنُونِ فَلاَ يزوج منه إلا امرأة واحدة؛ لأن الْحَاجَةَ تندفع بهاَ. وفي الصغير العاقل وجهان:

أحدهما: أنَّ الْحُكْمَ كَذَلِكَ كيلا تكثر المؤنة عليه مع وقوع الكفاية بالواحدة.

وأظهرهما: جَوَازُ الزِّيَادَةِ، وهو الْمَذْكُورُ في «الْكِتَابِ»؛ لأنَّ الْمَرْعِيَّ في نكاحه المصلحة، وقد تكون له فيه مصلحة وَغِبْطَةٌ، والمختل كالمجنون في النِّكَاحِ، وَهُوَ الَّذِي فِي عَقْلِهِ خَلَلٌ، وَفِي أَعْضَائِهِ اسْتِرْضَاءٌ، وَلاَ حَاجَةَ بِهِ إِلَى النِّكَاحِ غَالِباً.

وقوله في «الْكِتَابِ»: «فللأب التزويج منه عند ظُهُورِ الْحَاجَةِ» ليس للتخصيص بالأب بل الجد والسُّلْطَانُ في معناه كما تبين، واللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَأَمَّا الْمَجْنُونَةُ فَيُزَوِّجُهَا بِمُجَرَّدِ المَصْلَحَةِ صَغِيرَةً كَانَتْ أَوْ كَبِيرَةً بِكْراً كَانَتْ أَوْ ثَيِّباً، وَفِي الثَّيِّبِ الصَّغِيرَةِ وَجْهٌ أَنَّهُ لاَ يُزَوِّجُهَا وَإِذَا بَلَغَتْ عَاقِلَةً ثُمَّ جُنَّتْ عَادَتِ الوِلاَيَةُ للأبِ فِي الأَصَحِّ، وَالْيَتِيمَةُ البَالِغَةُ الْمَجْنُونَة يُزَوِّجُهَا (و) السُّلْطَانُ عِنْدَ ظُهُورِ الحَاجَةِ، وَيُشَاوِرُ أَقَارِبَهَا، وَالْمُشَاوَرَةُ وَاجِبَةٌ فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَقِيلَ: يُزَوِّجُ بِمُجَرَّدِ المَصْلَحَةِ دُونَ الحَاجَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ أَنَّ ٱلأَبَ وَالْجَدَّ عِنْدَ عَدَمِهِ يزوجان المجنونة، كما يزوجان الصغيرة، ولا فَرْقَ بين أن تكون صَغِيْرَةً، أَوْ كَبِيْرَةً بِكْراً، أو ثَيِّباً ووراءه وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ لاَ يَسْتَقِلُّ ٱلأَبُ بتزويج الْكَبِيْرَةِ الثَّيِّبِ، بَلْ يَفْتَقِرُ إِلَى إِذْنِ السُّلْطَانِ بَدَلاً عَنْ إِذْنِهَا.

والثَّانِي: أَنَّهُ لا يزوج الثيب الصغيرة كَمَا لَوْ كَانَتْ عَاقِلَةً، وَالْفَرْقُ عَلَى الْمَذْهَبِ أَنَّ لِلْبُلُوغِ غَايَةً ترتقب، فيمكن انتظارها لتأذن، وَالإِفَاقَةُ بِخِلاَفِهِ، ثم لا يشترط في تزويجها ظهور الحاجة، بل يكفي ظُهُورِ الْمَصْلَحَةِ بخلاف الْمَجْنُونِ؛ لأَنَّ النِّكَاحَ يفيدها المهر والنفقة، ويغرم المجنون، وَلاَ فَرْقَ بَيْنَ الَّتِي بَلَغَتْ مَجْنُونَةً، وَبَيْنَ الَّتِي بَلَغَتْ عَاقِلَةً، ثم جُنَّت بناءً على أن من بلغ عاقلاً، ثم جُنَّ تكون الولاية في ماله لأبيه، وَهُوَ ٱلأَصَحُّ.

وإن قلنا: إِنَّهَا تكون للسُّلْطَانِ فكذلك أمر التزويج، والخلاف المبني عَلَيْهِ مَذْكُورٌ في «[كتاب][1] الْحِجْرِ».

وَأَمَّا الْمَجْنُونَةُ الَّتِي لاَ أَبَ لَهَا، فَإِنْ كَانَتْ صَغِيْرَةً لم تزوج؛ لأنه لاَ حَاجَةَ فِي الْحَالِ، وغير الأب، والجَدُّ لا يملك الإجبار، وَإِنْ كَانَتْ بَالِغَةً، ففي مَنْ يَلِي تَزْوِيجُهَا وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: القريب من الأخ والعم؛ لأَنَّ النَّسِيبَ [أَشْفَقُ][2] وَأَوْلَى مِنَ السُّلْطَانِ.

وَأَظْهَرُهُما: وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِيْ الكِتَابِ: السُّلْطَانُ؛ لأنَّهُ ليس في أقاربها من له كمال الشفقة فيفوض ٱلأَمْرُ إِلَى مَنْ لَهُ الْوَلاَيَةُ الْعَامَّةُ. وأيضاً فَإِنَّهُ الَّذِي يَلِي مَالَهَا في هذه الحالة، فكذلك أمر التزويج فإن قلنا بالوجه الأول، فَلاَ ينفرد القريب، ولكنه يحتاج إلى مُرَاجَعَةِ السُّلْطَانِ، فيقوم إِذْنُ السُّلْطَانِ مَقَامَ إِذْنِهَا، فإن المتنع القريب زوج السلطان كما في صورة الفضل، وإن قلنا بالْوَجْهِ الثَّانِي، فالسلطان يراجع أقاربها، وَهَذِهِ الْمُرَاجَعَةُ واجبة أو مستحبة؟.

فيه وجهان:

أَحَدُهُمَا: مستحبة وفاءً بتفويض الأمر إلى السُّلْطَان، وإنما يراجعهم تطييباً لقلوبهم.

وهذا كما أنَّ الشَّافِعِيَّ ـ رِضَي اللَّهِ عَنْهُ ـ استحب في صورة غيبة الولي، وسائر صُوَرِ تزويج السُّلْطَانِ أن يشاور ذوي الرأي من أقاربها، فإن لم يكن فيهم وَلِيٌّ شاور خَالَهَا، وأبا أُمِّهَا.

والثاني: أَنَّهَا وَاجِبَةٌ؛ لأنَّ الأقارب أعرف بحالها، وأحرص على طلب الحظ لها، فإن شاورهم فلم يشيروا بشيء استقل السلطان، وهذا الوجه استضعفه الإمام وذكر في «التَّهْذِيبِ» أَنَّهُ ٱلأَصَحُّ، والوجهان في وجوب المشاورة جَارِيَانِ في التَّزْوِيجِ من المجنون، ثم من يَلِي أَمْرَ نِكَاحِهَا من السُّلْطَانِ، أو القريب يزوج عند ظهور الْحَاجَةِ،

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: أسبق.

وذلك بأن يتبين فيها مَخَايِلُ غَلَبَةِ الشَّهْوَةِ، أو يشير أرباب الطِّبِّ بأن في تزويجها توقع الشفاء، أمَّا إِذَا لَمْ يَظْهَرْ وَأَرَادَ التَّزوِيجَ لكفاية النفقة، أَوْ لِمَصْلَحَةٍ أُخْرَى فَوَجْهَانِ:

أحدهما: أَنَّهُ يَجُوزُ كَمَا أَنَّ ٱلأَبَ يزوج بمجرد المصلحة.

وأصحهما: المنع؛ لأنَّ تزويجها يقع إجباراً وغير ٱلأَبِ وَٱلْجَدِّ لا يملك الإجبار أيضاً؛ لأن الإجبار إنما يُصَارُ إليه للحاجة النَّازِلَةِ مَنْزِلَةَ الضَّرُورَةِ حَتَّى قَالَ ٱلإِمَامُ: وكنت أَوَدُّ لو استنبط مستنبطٍ من الخلاف في أن الثيب الصغيرة المجنونة هل يزوجها أبوها؟ أنه هل يكتفي بمجرد المصلحة كما في البالغة أم تعتبر الحاجة؟.

لكن اتفق الأصحاب على الاكتفاء بالمصلحة.

وقوله في الكتاب: «وَالْيَتِيمَةُ الْبَالِغَةُ الْمَجْنُونَةُ» لا يخفى أَنَّ الْمُرَادَ من اليتيمة التي لا أَبَ لَهَا ولا جَدَّ، لكن الجمع بين الوصف باليتم والبلوغ غير مستحسن مع ما اشتهر «أَنَّهُ لاَ يُتْمَ بَعْدَ حُلْمٍ»[1].

وقوله: «يزوجها السلطان» ـ معلم بالواو.

فَرْعٌ: البالغ المنقطع جنونه لا يجوز التزويج منه إلى أن يفيق فيأذن ويشترط وُقُوعَ الْعَقْدِ في وقت الإفاقةِ، حَتَّى لو عاد الجنون قبل العقد لَغِيَ ٱلإِذْنُ كما تُبْطَلُ الوَكَالَةُ بالجنون، وكذلك الثَّيِّبُ المنقطع جنونها، وَالْمَغْلُوبُ عَلَى عَقْلِهِ بِمَرَضٍ أَصَابَهُ ينتظر إفاقته، فإن لم نتوقع الإفاقة، فهو كالمجنون.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **(وَأَمَّا السَّفِيهُ) فَلاَ يُجْبَر لأَنَّهُ بَالِغٌ وَلاَ يَسْتَقِلُّ لأَنَّهُ سَفِيهٌ لَكِنْ يَتَزَوَّجُ بِإِذْنِ الوَلِيِّ بَعْدَ تَعْيِينِ الوَلِّي المَرْأَةَ، ثُمَّ يَتَقَيَّدُ بِمَهْرِ المِثْلِ، وَلَوْ قَدَّرَ الوَلِيُّ المَهْرَ وَزَادَ السَّفِيهُ سَقَطَتِ الزِّيَادَةُ وَصَحَّ العَقْدُ (و)، وَإِنْ لَمْ يُعَيِّنِ المَرْأَةَ صَحَّ الإِذْنُ فِي وَجْهٍ، ثُمَّ عَلَيْهِ أَنْ يَنْكِحَ بِمَهْرِ المِثْلِ بِشَرْطِ (و) أَنْ لاَ يَنْكِحَ عَلَى خِلاَفِ المَصْلَحَةِ شَرِيفَةً يَسْتَغْرِقُ مَهْرُ مِثْلِهَا مَالَهُ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الرابع: السَّفِيهُ الْمَحْجُورُ عَلَيْهِ بِالسَّفَهِ لا يستقل بالتزويج[2]؛ لأن

---

(١) تقدم.

(٢) قال الحنفية نكاح السفيه صحيح أذن الولي أو لم يأذن غير أنهم قالوا إذا تزوج بغير إذن الولي وغالى في المهر أكثر من المثل فليس للزوجة إلا مهر المثل.

وقال المالكية والشافعية: إن تزوج السفيه بإذن الولي فنكاحه صحيح؛ وإن تزوج بغير إذن الولي فقد اختلفت في ذلك كلمة المالكية والشافعية. فالمالكية على أنه صحيح موقوف على نظر الولي فإن رأى فيه ضرراً تعين عليه فسخه، فإن مات السفيه أو ماتت زوجته فلا يتوارثان، فإن كان =

النِّكَاحَ يشتمل على مُؤَنٍ مَالِيَّةٍ، ولو استقل به لم يؤمن أن يفني ماله في الْمَهْرِ والنفقة، فلا بُدَّ له من مُرَاجَعَةِ الْوَلِيِّ وحينئذٍ فإمَّا أَنْ يَتَزَوَّجَ بإذن الْوَلِيِّ، أو يقبل له الولي النِّكَاحَ.

الطَّرِيقُ الأَوَّلُ: تزويجه بإذن الولي وهو جَائِزٌ؛ لأَنَّهُ مُكَلَّفٌ صَحِيحُ العبارة، وإنما حَجَرَ عَلَيْهِ حِفْظاً لِمَالِهِ.

وفي شرح «مُخْتَصَرِ الْجَوينِيِّ» عن أبي الطَّيِّبِ بن سَلَمَةَ وَغَيْرِهِ: أنه لا يأذن له الوَلِيُّ في النِّكَاحِ؛ لأَنَّهُ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ فأشبه الصَّبِيَّ.

والمذهب الأَوَّلُ: وحينئذٍ فإمَّا أَنْ يُعَين له امرأة ذاتا بأن يقول: تزوج بفلانة أو نوعاً بأن يقول: تزوج من بني فُلاَنٍ، أو إحدى بَنَاتِ زَيْدٍ أو يقدر مهراً، أو يجمع بين تعيين الْمَرْأَةِ، وتقدير الْمَهْرِ، وإما أن يطلق الإذن.

القسم الأول: الإذن المقيد، فإن عين امرأة لم يجز له نكاح غيرها، ولينكحها بِمَهْرِ الْمِثْلِ أو بِمَا دُونَهُ، فإن زَادَ، فَعَنِ ابْنِ الْقَطَّانِ: أَنَّ بَعْضَ الأَصْحَابِ خَرَّجَ قَوْلاً: أَنَّ النِّكَاحَ بَاطِلٌ، والمذهب الصحة، والخلل في الصداق لا يوجب الخلل في النِّكَاحِ، وَعَلَى هَذَا فتسقط الزِّيَادَةُ الَّتِي لا يملك التصرف فيها، وَيَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ.

وَقَالَ ابنُ الصَّبَّاغِ: القياس بُطْلاَنُ الْمُسَمَّى، والرجوع إلى مَهْرِ الْمِثْلِ وَالْفَرْقُ أَنَّ على التَّقْدِيرِ الأَوَّلِ تستحق الزَّوْجَةُ قَدْرَ مَهْرِ الْمِثْلِ من المعين، وعلى الثَّانِي يَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ في الذِّمَّةِ.

وَلَوْ قَالَ: انكح امرأة من بني فُلاَنٍ نكح وَاحِدَةً مِنْهُنَّ بِمَهْرِ الْمِثْلِ هكذا ولو قدر المهر فقال: انكح بألف، ولم يعين امرأة، فنكح امرأة بألف، فإن كان مَهْرُ مِثْلِهَا ألفاً، أو أكثر فَالنِّكَاحُ صَحِيحٌ، بالمسمى.

= الفسخ قبل الدخول فلا مهر لها إلا ربع دينار وإن رآه غبطة وسداداً تعين عليه إمضاؤه.

والشافعية على أنه باطل، ويفرق بينه وبين زوجته ولو دخل بها علمت الزوجة أو لم تعلم؛ لأنها إن لم تعلم فقد فرطت في الكشف عن حاله وإن علمت فقد رضيت.

وللحنابلة في نكاح السفيه روايتان: إحداهما توافق الحنفية، والأخرى وهي الصحيحة عندهم توافق الشافعية «ووجهة الحنفية» أنه تصرف غير مالي، وهو إنما منع من المال فيصح منه، وكونه يلزم منه مال لا يقتضي عدم الصحة، لأنه ليس مقصوداً أصلاً من النكاح وإنما هو تبعي.

«ووجهة الآخرين» أنه تصرف يؤول إلى مال فلا يصح منه بدون إذن الولي كالبيع والشراء.

وما ذهب إليه الشافعية ومن معهم أنظر؛ لأن النكاح في الواقع يؤول إلى التصرف في المال الذي منع السفيه منه، ولو أطلق له الحبل على الغارب لأصنع كل ماله في الزواج وما يتبعه من الولائم إلى غير ذلك فمنعه من النكاح ناهض دليلاً ونظراً.

وإن كان أقل من ألف صح النِّكَاحُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ، وَسَقَطَتِ الزِّيَادَةُ؛ لأَنَّهَا [تبرع][(١)] وَلاَ مَجَالَ لِلتَّبَرُّعِ فِي مَالِ السَّفِيهِ.

وَإِنْ نَكَحَ امْرَأَةً بألفين، فَإِنْ كَانَ مَهْرُ مِثْلِهَا أَكْثَرَ مِنْ أَلْفٍ لَمْ يَصِحَّ النِّكَاحُ؛ لأَنَّ الْوَلِيَّ لم يأذن في الزيادة على الألف، وفي الرَّدِّ إلى الألف إضْرَارٌ بالمرأة؛ ولأنه دُونَ مَهْرِ الْمِثْلِ، وإن كان مَهْرُ مِثْلِهَا أَلْفاً، أو أقل صَحَّ النِّكَاحُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ، وَسَقَطَتِ الزِّيَادَةُ.

وعن تخريج ابنِ الْقَطَّانِ وابن خيران: أَنَّهُ إذا زاد على ما أذن الولي بطل بِكُلِّ حَالٍ كَمَا لَوْ قَالَتْ لِلْوَكِيلِ: خَالِعْنِي بِعَشَرَةٍ فَخَالَعَ بَعِشْرِينَ، فإنه يبطل الْخُلْعُ.

ولو جمع بين تعيين المرأة وتقدير المهر وقال: انكح فلانة بألف، فإن كان مَهْرُ مِثْلِهَا دون الألف، فالإذن بَاطِلٌ، وإن كان مهر مثلها ألفاً، فإن نكحها بألف، أو أقل صَحَّ النِّكَاحُ بالْمُسَمَّى، وإن زاد سَقَطَتِ الزِّيَادَةُ، وإنْ كان مهر مثلها أكثر من ألفٍ، فإن نَكَحَ بِأَلْفٍ صَحَّ النِّكَاحُ بِالْمُسَمَّى، وَإِنْ زَادَ لَمْ يَصِحَّ النِّكَاحُ، قاله في «التَّهْذِيبِ».

القسم الثاني: الإذن المطلق، وفيه وجهان:

أحدهما: ويُروى عن أبوي علي بن خيران والطَّبَرِيِّ وَعَنْ أبي الْقَاسِمِ الدَّارِكِيِّ: أنه يلغو، وَلاَ بُدَّ من تعيين امرأة أو مِنْ نساء قبيلة، أو من يقدر المهر، واحتج له بأن لو اعتبرنا الإِذْنَ الْمُطْلَقَ لَمْ يَأْمَنْ أَنْ يَنْكِحَ شَرِيفَةً يَسْتَغْرِقُ مَهْرُ مِثْلِهَا مَالَهُ، وَذَلِكَ يعكر عَلَى مَقْصُودِ الْحَجْرِ بالإبطال.

وَأَصَحُّهُمَا: وَبِهِ قَالَ ابنُ الْقَطَّانِ: أنه يكفي، وَلاَ حَاجَةَ إِلَى التَّقْيِيدِ كَمَا لَوْ أَذَنَ السَّيِّدُ لِعَبْدِهِ فِي النِّكَاحِ يَكْفِي الإِطْلاَقُ وفي بَعْضِ «التَّعَالِيقِ» حِكَايَةُ طَرِيقَةٍ قَاطِعَةٍ بالوجه الأول، وإذا قُلْنَا بالثَّانِي فلو تزوج امْرَأَةً بِأَكْثَرَ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ صَحَّ النِّكَاحُ، وسقطت الزِّيَادَةُ، وإذا تَزَوَّجَ بِمَهْرِ الْمِثْلِ، أو أَقَلَّ صَحَّ النِّكَاحُ بِالْمُسَمَّى.

نَعَمْ لَوْ نَكَحَ شَرِيفَةً يستغرق مَهْرَ مِثْلِهَا ماله.

ففيه وجهان حكاهما القاضي ابنُ كَجٍّ اختيار الإمام منهما، وهو الْمَذْكُورُ في «الْكِتَابِ»: المنع وأنه لا يَصِحُّ نِكَاحُهُ إلاَّ إذا وَافَقَ الْمَصْلَحَةَ.

وَذَكَرَ ابنُ كَجٍّ أيضاً تفريعاً على اعتبار الإِذْنِ المطلق وجهين فيما لو عين [الولي][(٢)] امرأة، فَعَدَلَ السَّفِيهُ إلى غيرها، ونكحها بمثل مهر المعينة؛ لأنه لا غرض للولي في أعيان الأزواج.

---

(١) في ز: تنزع.

(٢) سقط في ز.

فرعان:

الأول: لو قال: انكَحْ مَنْ شِئْتَ [بما شئت][١] ذكر بعضهم أنه يبطل الإذن؛ لأنه رَفَعَ الْحَجْرَ بِالْكُلِّيَّةِ.

الثاني: قال ابنُ كَجٍّ: الإذن للسَّفِيْهِ في النِّكَاحِ لا يفيده جَوَازُ التَّوكِيلِ؛ لأنه لم يَرْفَعِ الْحِجْرَ إلاَّ عَنْ مُبَاشَرَتِهِ.

الطريق الثاني: قَبُولُ الْوَلِيِّ النِّكَاحَ له هَلْ يشترط فيه إذن السفيه؟ قال قائلون: لا؛ لأنه فَوَّضَ إليه رعاية مصالحه فإذا عَرَفَ حاجته زوجه كما يكسوه ويطعمه وعلى هذا ينطبق كَلاَمُ الشَّيخِ أبي حَامِدٍ، وَأَصْحَابِنَا العراقيين.

وقال آخرون: نعم؛ لأنه حر مُطَلَّقٌ، فلا بدّ من استئذانه، وهو الأصح واعلم أنَّ الشَّافِعِيَّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ ذَكَرَ فِي «الْمُخْتَصرِ» أنَّ السَّفِيْهَ يزوجه وليه، وَرُبَّمَا استأنس الأولون بظاهره والآخرون يحملونه على أصل التزويج، ثُمَّ تراعى شرائطه وقد نقل عن رواية الربيع أنه لا يزوجه وليه، واتفقوا على أنَّهُ لَيْسَ اخْتِلاَفُ قَوْلٍ، ولكن حَمَلَ بَعْضُهُمْ مَا فِي رِوَايَةِ الرَّبِيعِ على القيّم الذي لم يأذن له الحاكم في التزويج، وبعضهم على ما إذا لم يحتج السَّفِيْهُ إلى النِّكاح، وإذا قبل الولي النِّكَاحَ له، فليقبل بمهر المثل، أو دونه، فإن زاد كما لو قبل الأب لابنه بأكثر من مَهْرِ الْمِثْلِ.

ففي قول: يَبْطُلُ النِّكَاحُ وفي آخَرَ يَصِحُّ [بمهر المثل][٢] وهو الأصَحُّ.

وإذا عَرَفْتَ جميع ذلك [عَلِمْتَ][٣] قَوْلَهُ في الكتاب: «فلا يجبر» بالواو.

وكذا قوله: «ولكن يتزوج بإذن الولي».

وقوله: «وصح الْعَقْدُ».

وقوله «بِشَرْطِ ألاَّ يُنْكِحَ عَلَى خِلاَفِ الْمَصْلَحَةِ» إِلَى آخِرَهُ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَإِنْ نَكَحَ بِغَيْرِ إِذْنٍ فَسَدَ، وَلَمْ يَجِبِ الْمَهْرُ بِوَطْئِهِ كَمَا لَو آشْتَرَى شَيْئاً وَأَتْلَفَ، وَقِيلَ: يَجِبُ تَعَبُّداً، وَقِيلَ يَجِبُ أَقَلُّ مَا يَتَمَوَّلُ، فَإِذَا آلتَمَسَ النِّكَاحَ فَأَبَى الوَلِيُّ أَذِنَ السُّلْطَانُ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ صَحَّ آسْتِقْلاَلُهُ عَلَى وَجْهٍ، وَلَهُ أَنْ يُطَلِّقَ بِكُلِّ حَالٍ، وَلاَ يَدْخُلُ تَحْتَ الحَجْرِ طَلاَقٌ.

قال الرَّافِعِيُّ: فيه ثَلاَثُ مَسَائِلَ نَشْرَحُهَا، ونضم إليها ما لا غنى عن معرفته.

---

(١) سقط في ز.
(٢) سقط في ز.
(٣) في ز: أعلم.

إحداها: الأولى: إذا نَكَحَ السَّفِيْهُ بغير إذن الولي بَطَلَ النِّكَاحُ، ويفرق بينهما[١]، فَإِنْ كَانَ قَدْ دَخَلَ بها فَلاَ حَدَّ لِلشُّبْهَةِ، وفي الْمَهْرِ أَوْجُهٌ:

أصحها: أنه لا يجب كما لو بِيْعَ منه شيءٌ فأتلفه، وهذا؛ لأن مُعَاقَدَتَهُ والتسليم إليه تسليط له على التصرف في الإتلاف، وفي هذا إِشْكَالٌ من جهة أن الْمَهْرَ حَقُّ الزوجة، وقد تزوج وَلاَ شُعُورَ لَهَ بحال الزَّوْجِ، فكيف يبطل حَقُّها.

والثاني: يَجِبُ مهر المثل؛ لأن تَعْرِيَةَ الوطء عن الحد والمهر جميعاً، لا سبيل إليه.

والثالث: يجب أقل ما يتمول رعاية لحق السَّفِيهِ، ووفاءً لحق التعبد إِذْ بِهِ يتميز عن السِّفَاحِ.

الثانية: ذكر الأكثرون أَنَّهُ يُشْتَرَطُ في نكاح السَّفِيهِ حاجته إليه، وإلاَّ ففيه إتلافُ مَالِهِ، فيما لا يحتاج إليه، وبنوا على هذا أنه لا يُزَوَّجُ منه إلاَّ واحدة، كما مَرَّ في المجنون.

قالوا: والحاجة إلى النِّكَاحِ بأن تغلب شهوته، ويلحق به ما إذا احتاج إلى من تخدمه ولم تقم بخدمته محرم، وكانت مَؤُنَةُ الزَّوْجَةِ أَخَفَّ من ثمن جارية، ومؤنها ولم يكتفوا في الحاجة بقول السفيه لأنه قد يقصد إتلاف المال، بل اعتبر ظهور الأمارات الدالة على غلبة الشَّهْوَةِ.

وروى الإِمَامُ وَجْهاً: أنه يجوز التزويج منه بِالْمَصْلَحَةِ كالصَّبِيِّ؛ لأن العاقل لا يبعد أن تحنكه التجارب بخلاف المجنون، فَإِنَّ إِفَاقَتَهُ بعِيْدَةٌ، ولم يعتبر ظهور أمارات الشهوة، واكتفى فيها بقول السفيه وتابعه صاحب «الْكِتَابِ» فيما ذكره، ولك كَلِمَاتٌ:

إحداها: لو اعتبرت الحاجة في نِكَاحِهِ لما اعتبر إذنه كالمجنون كما لو عرف جوعه فإنه يطعم، وإن لم يطلب الطعام لخبله.

الثانية: إذا اعتبرنا إذنه ومراجعته، وجب أن يكتفي بقوله: ولا يعتبر ظُهُورُ الأمارات؛ لأنه صحيح العبارة في الجملة فصار كالمرأة إذا التمست التزويج.

الثالثة: في التزويج لغرض الخدمة إشكال سبق، ثم قضيته أن تجوز الزِّيَادَةُ على وَاحِدَةٍ إذا لَمْ تَكْفِ واحدة للخدمة.

إذا تقرر ذلك فإذا التمس السفيه النِّكَاحَ مع ظُهُورِ أَمَارَةِ الْحَاجَةِ إن اعتبرناه، أو

---

(١) ومحله كما قال ابن الرفعة: إذا لم يتنه إلى خوف العنت وإلا فيصح نكاحه وهو أولى من المرأة في المفازة لا تجد ولياً.

دونه إن لم نعتبره، فعلى الولي ألإجَابَةُ فإن امتنع فتزوج السفيه بنفسه أطلق الأصحاب فيه وجهين:

أصحهما: عن الشَّيْخ الْمُتَوَلِّي: أنه لا يصح النِّكاحُ، كما لو تزوج العبد بنفسه إذا لم يأذن له السَّيِّدُ.

والثاني: يَصِحُّ؛ لأنه حَقٌّ ثبت على الولي، فإذا لم يوفه استقل صَاحِبُ الْحَقِّ باستيفائه، كالدَّيْنِ على المديون، واستدرك الإمام وتابعه صاحب «الْكِتَابِ» فقالا: «إذا امتنع الولي، فيجب على السَّفِيْهِ مراجعة السلطان، كالمرأة إذا عضِل وليها فإن خفت الحاجة وتعذرت مراجعة السلطان، فحينئذٍ في استقلال السَّفِيْهِ الوجهان».

المسألة الثالثة: للمحجور عليه أن يطلق، وهي مذكورة مرة في «الْحَجْرِ» فإن كان مطلاقاً سُرِيَ بِجَارِيَةٍ.

[المسألة] الرَّابِعَةُ: الكلام في الَّذِي يَلِي أمر السَّفِيْهِ [و] قد سَبَق في «بَابِ الْحَجْرِ» وذكر أبو الفرج الزاز أَنَّهُ إن بلغ رشيداً، ثم طَرَأَ السَّفَهُ، فَأَمْرُ نِكَاحِهِ يتعلق بالسُّلْطَانِ، وإن بلغ سَفِيْهاً، فيفوض إلى السلطان، أو إلى الأب والجد، فيه وجهان.

وأطلق القاضي ابنُ كَجٍّ أنه يُزَوِّجَهُ الحاكم، وأنه إِنْ جَعَلَهُ في حِجْرِ إِنْسَانٍ زوجه الَّذِي هُوَ في حِجْرِهِ.

وقال ألإِمَامُ: إنْ فوض إلى القيم التزويج زُوِّجَ، وَإِلاَّ فَلاَ.

فَرْعَانِ:

الأول: قال في «التَّهْذِيبِ»: إقرار السَّفِيْهِ عَلَى نَفْسِهِ بِالنِّكَاحِ لا يصح؛ لأَنَّهُ لَيْسَ ممن يباشر بنفسه، وهذا قد يشكل بإقرار الْمَرْأَةِ وما فيه من التفصيل.

والخلاف الثاني: المحجور عليه [بِالْفَلَسِ لَهُ][1] أن ينكح لكن ما في يده كالمرهون بحقوق الْغُرَمَاءِ، فلا يصرف لمؤن النِّكَاحِ وَإِنَّمَا هي فيما تكتسب.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَأَمَّا الرِّقُّ فلِلسَّيِّدِ إِجْبَارُ الأَمَةِ، وَلَيْسَ لَهُ (م ح) إِجْبَارُ العَبْدِ فِي قَوْلٍ وَإِنْ كَانَ صَغِيراً فَإِذَا طَلَبَ الرَّقِيقُ النِّكَاحَ لَمْ يَجِبِ الإِجَابَةُ عَلَى الأَصَحِّ (و)، وَالصَّحِيحُ هَذَا التَّصَرُّفِ الْمِلْكُ حَتَّى يُزَوِّجَ الفَاسِقُ أَمَتَهُ، وَيُزَوِّجَ المُسْلِمُ أَمَتَهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الخامس الرِّقُّ، فنكاح الْعَبْدِ بغير إذن السَّيِّدِ بَاطِلٌ.

---

(١) قال النووي: وإذا لم نوجب شيئاً، ففك الحجر، فلا شيء عليه على المذهب، كالصبي إذا وطىء ثم بلغ. وحكى الشاشي فيه وجهين.

وقال مَالِكٌ: يَصِحُّ وَلِلسَّيِّدِ فَسْخُهُ. وأبو حنيفة يقفه على إجازة السَّيِّدِ.

لنا: مَا رُوِيَ أَنَّه - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «أَيُّمَا مَمْلُوكٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلاَهُ، فَنِكَاحُهُ بَاطِلٌ»(١).

وَيُرْوَى: «فَهُوَ عَاهِرٌ»(٢) ولو نكح بإذن السيد، صَحَّ؛ لأنَّ عبارته صَحِيحَةٌ. وإنما المنع، لتحصيل رضا السَّيِّدِ، حَتَّى لو أذنت المرأة لِعَبْدِهَا في النِّكَاحِ، فَنَكَحَ، صَحَّ، وإن لم يكن لَهَا عِبَارَةٌ فِي النِّكَاحِ، ويجوز أَنْ يَكون إذن السَّيِّدِ مُقَيَّداً بِامْرَأَةٍ بِعَيْنِهَا، أو بِوَاحِدَةٍ من الْقَبِيلَةِ أو البلدة، ويجوز أن يكون مُطْلقاً، وإذا قيَّد، فعدل العبد عن النِّكَاحِ المأذُونِ فيه، لم يصحّ.

وَحَكَى الْحَنَّاطِيُّ وَجْهاً: أنه لو كان قد نَصَّ على المهر فنكح غير المعينة بذلك المهر، أو أَقَلَّ؛ صَحَّ النِّكَاحُ، وإذا أطلق الإذن، فله نكاح حُرَّةٍ أو أَمَةٍ في تلْكَ البلدة أو غيرها، لكن للسيد مَنْعُهُ عن الخروج إلى الْبَلْدَةِ الأُخْرَى، ولو قَدَّرَ مَهْراً، فزاد، فالزِّيَادَةُ تكون في ذِمَّتِهِ يُتْبَعُ بها، إذا أعتق، ولو نكح بما قدَّرَ امرأةً بمهر مِثْلِهَا أو دونه.

فقد ذَكَرَ الحَنَّاطِيُّ فيه ثَلاَثَ احْتِمَالاَتٍ:

أظهرها: صِحَّةُ النِّكَاحِ ووجوب الْمُسَمَّى في الحال.

والثَّاني: أن الزيادة على مهر المثل يتبع بها إذا أعتق.

والثالث: بُطْلاَنُ النِّكَاحِ، ولو رجع عن الإِذن، ولم يعلم به العبد حَتَّى نكح، فهو على الخلاف في الوكالة، ذكره ابنُ كَجٍّ، ولو طَلَّقَ الْعَبْدِ بَعْدَ مَا نَكَحَ بِإِذن السَّيِّدِ، لم ينكح أخرى إِلاَّ بِإِذْنٍ جَدِيدٍ، ولو نكح نكاحاً فاسداً، فهل له أن ينكح أُخْرَى؟.

فيه خلافٌ مبنيّ على أن الإِذن، هل يتناول الْفَاسِدَ، أم يختص بالصحيح، وهذا أَصْلٌ سيأتي، إِن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

---

(١) في ز: بالعكس.

(٢) أخرجه أحمد وأبو داود [٢٠٧٨] والترمذي [١١١١] وحسنه، والحاكم [٢/ ١٩٤] وصححه من حديث ابن عقيل عن جابر باللفظ الأول، وأخرجه ابن ماجة من رواية ابن عقيل عن ابن عمر، وقال الترمذي: لا يصح، إنما هو عن جابر، وأبو داود [٢٠٧٩] من حديث العمري عن نافع عن ابن عمر باللفظ الثاني، وتعقبه بالتضعيف وبتصويب وقفه، ورواه ابن ماجة من حديث ابن عمر بلفظ ثالث: أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه فهو زانٍ، وفيه مندل بن علي وهو ضعيف، وقال أحمد بن حنبل: هذا حديث منكر، وصوب الدارقطني في العلل وقف هذا المتن على ابن عمر، ولفظ الموقوف أخرجه عبد الرزاق عن معمر عن أيوب عن نافع عن ابن عمر: أنه وجد عبداً له تزوج بغير إذنه، ففرق بينهما، وأبطل صداقه، وضربه حداً. ذكر هذا الحافظ في التلخيص.

إذا تقرّر ذلك ففي الفصل مسائل:

المسألة الأولى: هل للسَّيِّد إجبارُ الْعَبْدِ الْبَالِغ على النّكَاحِ؟.

فيه قولان:

أحدهما: وهو القديم: نعم، وهو قَالَ أبو حَنِيْفَةَ وَمَالِكٌ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهمَا ـ لأَنَّهُ مَمْلُوكٌ، فأشبه الأُمَةَ.

والجديد: المنع، وبه قال أَحْمَدُ؛ لأنه يملك رفع النكاح بالطلاق، فكيف يجبر على ما يملك رفعَه، وأيضاً، فإنَّ النكاح عقد يلزم ذمة العبدْ مالاً، فلا يجبر عليه كالكتابة، ويخالف الأمة؛ فإنه يملك منفعة بُضْعَها، فيورد العقْد علَى ما يملكه فها هنا بخلافه، وإن كان العبد صَغِيراً فَطَرِيقَانِ:

أَظْهَرُهُمَا: طَرْدُ الْقَوْلَيْنِ.

والثَّانِي: القطع بجواز الإجبار، وهو اختيار الْقَاضِي ابنِ كَجٍّ.

وإن شئت، قلت: إن أجبر العبد البالغ، فالصغير أولى، وإلاَّ فقولان أَو وجهان:

والفرق: أن الإِجْبَارِ بحال الصِّغَرِ أَلْيَقُ كما في حَقِّ البنين، ومن طرد الخلاف في الصغير، فقد يثبته على المعنيين المذكورين في أن البالغ لا يجبر، إنْ علَّلنا أنه يملك رفع النكاح بالطلاق، فالصَّغِيرُ لا يملكه، فيجبر، وإن علَّلنا بأنه يُلْزِمُ ذمته مالاً، فلا فَرْقَ، وقد يقول الْمُخْتَصَرُ في إجبار الْعَبْدِ ثَلاَثَةُ أقوالٍ، ثالثها الفرق بين الصغير والكبير، والعبد والمجنون كالصغير، وإذا فرَّعنا على جواز الإِجبار للسيد، فللسيد أن يقبل النّكَاحَ للعبد الْبَالِغِ، وله أنْ يكرهه على القبول، ويصح؛ لأَنَّهُ غير مبطل في الإِكراه، قاله في «التَّهْذِيبِ».

وفي «التتمة» إن قبوله بالقهر لا يصحُّ، ويقبل إقرار السيد على العبد كإقْرار الأب في حق ابنته، ويجوز أن يزوِّج أمته من عبده الصغير، أو البالغ، وحينئذٍ، فلا مهر، وفي استحباب ذكْرِهِ قولان، الجديد أنّه لا يستحب ويقال وجهان ولو طلب العبد النكاح من السيد [هل يجب الإِجابة؟.

فيه قولان، ويقال وجهان][1]:

أَحدهما: نعم، وبه قال أَحْمَدُ، كما يجب إجابة السَّفِيهِ إذا طلب، ولأنَّ في المنع توريطاً له في الحرام.

---

(١) سقط في ز.

وَأَصَحُّهُمَا: المنع، وبه قال أبو حَنِيفَةَ وَمَالِكٌ ـ رَحِمَهما اللَّهُ تَعَالَى ـ لأنه يُشَوِّشُ عليه مقاصد المِلْك وفوائده، وإذا قلْنا بالأول، فلو امتنع السيد، زوَّجه السلطان كما لو عضل عن نكاح مؤلاته، ولو نكح بنفسه، قال الإمام هو[1] كما لو طلب السَّفِيهُ، وامتنع الوليُّ، فَنَكَحَ بِنفْسِهِ.

واعلم: أنّ أبا الفرج السَّرْخَسِيَّ بنى الْخِلاَفَ في جواز إجبار العبد على النِّكاح على الْخِلاَفِ في وجوب الإِجَابَةِ على السَّيِّدِ، إذا طلب العبد، إن أوجبنا الإجابة، جعلنا النِّكَاحَ حَقَّ الْعَبْدِ، فلا يجبر عليه، وإلاَّ، أُجْبِرَ كالأَمَةِ، ومنهم من عكس الأمر، فبني الخلاف في وجوب الإجابة على السَّيِّدِ على الخلاف في جواز إجبار العبد، إن أجبر حيث لم يجبْ إجابته [وإلا، وجبت][2] وأشار بَعْضَهُمْ إلى تَخْصِيصِ الْخِلاَفِ في وجوب الإجابة بقولنا: إنَّ السَّيِّدَ لا يُجْبِرُ عَبْدَهُ عَلَى النِّكَاحِ، أما إذا أجبره، فيبْعُدُ أن يقال: إنَّ العبد أيضاً يجبر السيد، والأصحّ ترك البناء من الطرفَيْنِ وإجراء الخلاف في وجوب الإجابة سواءٌ قلْنا بوجوب الإجبار، أو لم نقل، ولا يبعد الإجبار من الطرفين، كما يجبر الأب ابْنَتَهُ الْبِكْرُ، وهي أيضاً تطلب، ويجب عليه الإجابة والْمُدَبَّرَةُ والمعلَّق عتقُهُ، بصفةٍ كالقن، ومَنْ بَعْضُه حرٌّ، وبعضه رقيقٌ لا يُجْبَرُ على النكاح، لبعضه الحر، ولا يستقلُّ به لبعْضِهِ الرَّقيق، وهل يجاب إذَا طلَبَ؟ فيه الْخِلاَفُ المذكور في القن والمُكَاتِبُ لا يستقل بالنكاح، ولا يجبره السيد؛ لخروجه عن تصرفه، ولو نكح بِإِذْنِ السَّيِّدِ فطريقان:

أحدهما: أنّه على الخلاف في تبرُّعاته بإذن السَّيِّدِ.

وأصحُّهما: القطعُ بالصحة؛ لأن مُؤَنَ النكاح، وإن تعلَّقت بكسبه، فلها عوض ينتفع به، فصار كالطَّعَامِ يشتريه، ويأكله وعلَى هذا، فلو طلب من السيد النكاح، فوجوب الإجابة على الخلاف في القنّ وأولَىٰ بأن يجب، لأنه لا يتضرَّر بنكاحه؛ لانقطاع حقِّه عن اكتسابه في الحال، والعبد المشترك هل لسيِّدَيْهِ وإجبارُهُ، وهل عَلَىٰ سيدَيْهِ إجابَتُه؟ فيه الخلاف المذكور في الطرفين.

ولو دعاه أحدُهُما إلى النكاح وامتنع الآخر والعبد، فلا إجبار، ولو طلب أحدُهُما مع العبد وامتنع الآخر؟ فعن الشيخ أبي حَامِدٍ، أنَّ جنبته قَوِيَتْ بموافقة أحد الشريكين السَّيِّدَيْنِ، فيكون كالمكاتَبِ.

وقال ابنُ الصَّبَّاغِ: هَذَا يَبْطُلُ بمَنْ نصفُهُ حرٌّ، إذا طَلَبَ النِّكَاحَ، فَإِنَّ الْحُرِّيَّةَ فيه آكَدُ مِنْ مُوَافَقَةِ الآخر.

---

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

المسألة الثانية: للسيِّدِ إجبار الأمة على النِّكَاح صَغِيرَةً كانت أو كَبِيرَةً، بِكْراً كانت أو ثَيِّبً، عَاقِلَةً [كانت] أو مَجْنُونَةً؛ لأن النِّكَاحَ يَرِدُ على منافع البُضْع، وهي مملوكة له، وبهذا يفارق العبد، وأيضاً، فإنه ينتفع بنكاح الأَمَةِ بِاكْتِسَابِ المَهْرِ والنفقة، وإن التمسَتِ الأمة النِّكَاحَ، لم يجب على السيِّد الإجابةُ، إن كانت ممَّن تحلُّ له، لما في نكاحها من نقصان قيمتها، وتَفْوِيتِ الاستمتاع عليه، وإنْ كانَتْ ممَّنْ لا تحل له، بأن كانَتْ أختَهُ من الرَّضَاعِ، فوجهان:

أَحَدُهُمَا: الوجوب؛ لأنها لا تتوقع منه قضاءَ الشَّهْوَة، ولا بدّ من إعفافها، والأصحُّ المنع؛ لما فيه من نقصان القيمة، ولو ملك اختين، ووطىءَ إحداها فطلبت الأخرَى تزويجَهَا، لم تَجِبِ الإجابَة، وإن كانت مُحَرَّمَةً عليه؛ لأن تحريمها عارِضٌ، والمُدَبَّرَة والمعلّق عتقُهَا بصفة كالقِنَّةِ، وفي تزويج أم الولد خِلاَفٌ مَذْكُورٌ في «كتاب أمَّهات الأَوْلاَدِ» والظاهر أنها تجبر أيضاً، ومَنْ نصفُها حرٌّ لا تجبر، وإذا طلبت النكاح، فالظاهر أنها لا تجاب، والمكاتَبَةُ لا يجْبُرُهَا السيد، ولا تنكح دون إذنه، وإذا طلبتْ، ففي وجوب الإجابة وجهان:

وجه الوجوب تمكينُها من اكتساب المَهْرِ والنفقة.

والوجه الآخر: أنها ربما عَجَزَتْ نَفْسُهَا، فتعود إليه ناقصة القيمة، وفيها وجهٌ أنَّها لا تزوَّج أصلاً؛ لأن ملْك المولَى محتملٌ، وهي غير مالكة لأمرها.

فَرْعٌ: لا يزوِّج السيد أمة مُكَاتِبَهِ ولاَ عَبْدِه، ولا يزوجها المكاتَبُ والعبْدُ بغير إِذْنِ السَّيِّدِ فإنْ توافقا، فقولان كما في تبرعاته.

فَرْعٌ آخرٌ: إذا كان لعبده المأذُونِ له في التجارة أمةٌ، فإما ألاَّ يكون عليه دَيْن، يكون، فإن لم يكن عليه دَيْنٌ، فهل له تزويجُها بغير إذن العَبْدِ؟.

فيه وجهان:

أصحُّهما: نعم.

والثاني: لا إلاَّ أن يعيدَ السَّيِّد الحَجْرَ عليه.

قال الشَّيخُ أبو مُحَمَّدٍ: وهذا الْخِلاَفُ مَبْنِيٌّ على أنَّ السيد لو أعتق عبده المستأجر في أثناء مدة الإجارة، هل يرجع على السيد بأجرة بقية المدة؟ إن قلْنا: لا يرجع؛ لأن العقْدُ كان في زمان الملك فهنا له التزويجُ بغير إذن العبْدِ، إن قلْنا: يرجع؛ لأنَّ منافعه في باقي المدَّة تتلف عليه في حريته، فليس له التزويجُ هنا بغير إذن العبد؛ لأن النِّكَاحَ ينقص قيمتها، فربما لا يفي ما في يده بذمته، إن حَدَثَ دَيْنٌ، فيطالب ببقيَّة العين، إذا عتق، وإن كان عليه دين، فإن زوَّجها بِإِذْنِ العبد والغرماء، صح، لأنَّ الْحَقَّ لا

يعدوهم، وَإِنْ زَوَّجَهَا بإذن العبد دون الغرماء، أو بإذن الْغُرَمَاءِ دون الْعَبْدِ، لم يصحَّ؛ على أصح الْوَجْهَيْنِ؛ لأنهم يتضرَّرون به، أما العبد، فَلأَنَّ التزويجَ ينقُصُ قيمتها، فالباقي من الدَّيْن يتعلَّق بذمته، وأما الغرماء؛ فلأنهم مَا رَضُوا بتأخُّر حقوقهم وتعلُّقها بذمته إلَى أن يُعْتِقَ، وبيعُ السيد وهبته، ووطْؤهُ هذه الجارِيَةَ كالتزوِيجِ في حالة قيام الدَّيْن وعَدَمِهِ، وإذا وطىءَ بِغَيْرِ إذْن الغرماء، فَهَلْ عَلَيْهِ الْمَهْرِ؟ فيه وجهان:

في وجه: لا يجب، كما لو وطىء الراهنُ المرهونة.

وفي الثاني: يَجِبُ؛ لأن منفعة المَرْهُون للرَّاهن، ومنفعة رقيق المأذون الذي عليه دَيْنٌ لا تكون للمالِكِ.

ولَوْ أَحْبَلَهَا، فالولد حُرٌّ، والجارية أم ولد، إن كان مُوسِراً، وإن كان مُعْسِراً، لم تَصِرْ أمَّ ولد، وتباع في الدَّيْن، فإن ملكها بَعْدَ ذلك، فالحكم كما مَرّ في المرهونة، وكذا الحكم في استيلاد الْجَارِيَةِ الْجَانِيَةِ، وفي استيلاد الوارث جارية التَّرِكَة إذا كان على الموروث دَيْن، وإذا لم نحكم بثبوت الاستيلاد في الحال وجب قيمة الولد في جارية العَبْدِ المأذون، وفي جارية التركة، ولا يجب في الجارية، المرهونة وَالْجَانِيَةِ؛ لأَنَّ حَقّ المجنيِّ عليه والْمُرْتَهِنِ لا يتعلَّق بالولد.

ولو أعتق عبده المأذون، وعلى المأذون دَيْنٌ، أو أَعْتَقَ الوارثُ عَبْداً من التركة، وعلى المَوْرُوث دَيْن.

قال صاحب «التَّهْذِيبِ» قيل في نفوذ العِتْقِ قولان، كما في إعتاق الْمَرْهُونِ، والمذهب أنه، إن كان معسراً لم يَنْفُذِ العتق، وإن كان مُوسِراً، نَفَذَ، كالاستيلاد، وعليه أَقَلُّ الأمرين من الدَّيْنِ وقيمة العبد، كما في إعْتَاقِ الْعَبْدِ الْجَانِي، وتزويج الَّتِي تعلَّق المال برقبتها دون إذْن المجنيِّ عليه، لا يجوز إن كان السيدُ مُعْسِراً، وَإِنْ كَانَ مُوسِراً فأحد الوجهين: أنه يجوز، ويجعل اختياراً للفداء واللَّهُ أَعْلَمُ.

المَسْأَلَةُ الثالثة: تزوج السيد أمته بالمِلْك أو بالولاية؟ فيه وجهان:

أظهرهما: أنه بالمِلْكِ، لأنه يملك الاستمتاع بها، كما يَمْلِكُ تزويجهَا والتصرُّف فيما يملك استيفاءه وَنَقْلُهُ إلى الغَيْر يكون بحُكْم الملك كاستيفاء المنافع ونقلها بالإِجَارَة.

والثاني: أنه بالولاية؛ لأن عليه النَّظَرَ ورعَايَةَ الْحَظِّ لها؛ ألا ترى أنه لا يجُوزُ تزوِيجُها من مجنون بغَيْر رضَاها.

وَيَتَفَرَّعُ علَى هذا الأصلِ صُوَرٌ.

منها: إذا سَلَبْنَا الْوِلاَيَةَ بالفسْق، فالفاسقُ لا يزوج أَمَتَهُ، إذا جعلنا هذا التزويجَ

بالولاية، فإن قلنا: إنه بالمِلْك، فيزوِّجها كما يبيعها.

ومنها: إذا كان للمسلم أَمَةٌ كِتَابِيَّةٌ، فَظَاهِرُ الْمَذْهَبِ أنَّ له تزويجها بالملك، كما أنَّ له بَيْعَها وإجارَتَها، هَذَا، مَا نَصَّ عَلَيْه في «الْمُخْتَصَرِ» فقال: ولا يكون المُسْلِم ولياً لكافرةٍ، إلا على أمتِهِ. وفيه وجه: أنَّه لا يجوز له تزويجُهَا، كما لا يجوز له تزويجُ ابنته الكافرة، والقائل به أَوَّلَ النَّصَّ من وجهين:

أحدهما: أنَّ المعنَى «ولا على أمته، لقوله تعالَى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِناً إلاَّ خَطَأً﴾ يعني «ولا خطأ».

والثَّاني: أنَّ المعنَى «إلا على أمته» في البيع والإجارة ونحوهما» لا في النِّكَاحِ وإذا قُلْنَا بالظاهر، فهي لا تصلح للحُرِّ الْمُسْلِم وإنما تزوجها من الحُرِّ الكتابي، أو من العبد الْمُسْلِم، وهذا إِذَا جوَّزنا لهما نكاحَهَا علَى ما سيأْتِي بيانُ الخلاف فيه، فإن لم نجوِّز لم يُتصوَّرَ من المسلم تزويجُها، وهذا في تزويج الأمة الكتابية، أما المجوسية والوثنية، فستتكلم فيهما. وَمِنْهَا: إذا كان للكافرِ أمةٌ مسلمةٌ أو أمّ ولدٍ، فَوَجْهَانِ:

أحدهما: وَبِهِ قَالَه ابنُ الْحَدَّادِ: أنَّه يزوِّجها بحقِّ الملك كما يُزَوِّجُ الْمُسْلِمُ أَمَتَهُ الْكَافِرَةَ.

وأظهرهما: المنعُ، والفرق من وجهين:

أحدهما: أنَّ حقَّ المسلم في الولاية آكَدُ، ألا ترَىٰ أنَّه يثبَتُ له الولايةُ على الكافراتِ بالجِهَة العامَّة.

والثاني: أنَّ الْمُسْلِمَ يملك الاستمتاع بِبُضْعِ الْكَافِرَةِ، فيملك تزويجَهَا والعَكْسُ بخلافه. ولو كان للمسْلِم أَمَةٌ مَجُوسِيَّةٌ أو وَثَنِيَّةٌ، فَهل له تزويجُهَا فيه وجهان مبنيان على الفرقَيْنِ إن قلنا بالأول، فَله تزويجها أيضاً، وإن قلنا بالثاني، فلا، وهذا هو المذكور في «التَّهْذِيبِ» والأولُ أَصَحُّ عند الشَّيخِ أبي عَلِيّ، واستشهد عليه بأن مَنْ ملك أخته من الرَّضَاعة، أو النَّسب، كان له تزويجها، وإن لم يكن له الاستمتاعُ بها.

قَالَ ألإِمَامُ ورأيْتُ لبعض الأصحاب تشبيبًا بمنعه أيضاً، وما ذكرناه من الخلافِ في أن تزويج ألأَمَةِ بحق الملك أو بالولاية لا يجري في تزويج العبد، إذا قلنا: إنَّ للسيد أنْ يجبره، فلو كان لكافرٍ عَبْدٌ مُسْلِم، ورأينا الإجبار، ففي إجباره إيَّاه الْخِلاَفُ الْمَذْكُورُ في أنَّه، هل يزوج أمته المسلمة؟ وإن لم نَرَ الإجبار لم يستقل العبد، ولكن يأذن له السيد؛ ليسقط حقه، فيستقل العبد، حينئذٍ، كما أنَّ الْمَرْأَةَ تأذَنُ لعبدها، فيتزوج، وإن لم تكُنْ هي من أهْلِ التَّزْوِيجِ.

ومنها: قال في «التتمة» للمكاتَبِ تزويجُ أَمَتِهِ، إن قلنا: إنَّهُ تصرُّفٌ بالمِلْك، وإن

قلنا: بالولاية، فلا؛ لأنَّ الرقَّ يمنع الولاية.

وقوله في «الكتاب» وليس له إجْبَارُ «الْعَبْدِ» معلَمٌ بالحاء والميم، وقوله «لم يجب الإجابة» بالألف؛ لما عرفت من الشرح، ويجوز أن يعلم قوله «على الأصح» بالواو؛ لأن في بعض «التعاليق» طريقةً قاطِعَةً بأنه لا يَجِبُ على السيد الإجابةُ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَلِلوَلِيِّ تَزْوِيجُ رَقِيقِ الطِّفْلِ بِالمَصْلَحَةِ فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَأَمَةُ المَرْأَةِ يُزَوِّجُهَا وَلِيُّهَا بِرِضَاهَا، وَقِيلَ: السُّلْطَانُ يُزَوِّجُهَا، وَلاَ يَكْفِي سُكُوتُ البِكْرِ فِي حَقِّ أَمَتِهَا، وَالْمُعْتَقَةُ فِي المَرَضِ يُزَوِّجُهَا قَرِيبُهَا، وَقِيلَ: لاَ تُزَوَّجُ لإِمْكَانِ عَوْدِهَا رَقِيقَةً بِالمَوْتِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في هذه البقيَّة ثَلاَثُ صُوَرٍ:

إحداها: عبد الصبي والمجنون والسَّفِيْه لا يجبره وليُّهم؛ لما فيه من انقطاع أكسابه وفوائده عنهم.

وفيه وجه: أنه يجوز، لأن المصلحة قد تقتضيه، والظاهر الأول، وإن طلبت عندهم التزويجَ، فإن لم نوجبُ على السيد الرشيدِ الإجابةَ، لم يجز لوليهم الإجابةُ، وإن أوجبناها، فعلَىٰ وليهم الإجابة، فإن الوليَّ قائمٌ مقام المولَيِّ عليه، وأما أمة الصبيِّ والمجنونِ والسَّفيهِ، فهل يزوِّجها أوليائهم؟.

فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه ينقص قيمتها، وقد تَحْبَلُ، فتهلك.

وأظهرهما: وبه قَالَ أَبُو حَنِيْفَةَ وأبو إسْحَاقَ: نَعَمْ، إذا ظَهَرَت الغِبْطَةُ اكتساباً للمهر والنفقة، وفي بعض «الشُّرُوحِ» وجه: أن أمة الصبية تزوَّج، وأمة الصبي لا تزوَّج؛ لأنه قد يحتاج إليها بعد البلوغ، فإن جوَّزْنا، قَالَ الإِمَامُ: يجوز تزويج أمة الثيب الصغيرة، وإن لم يجز تزويجُها، ولا يجوز للأبِ تزويجُ أمة ابنته البكْرِ البالغةِ قَهْراً، وإن كان يزوجُها قَهْراً، ويجوز للسلطان تزويجُ أمَةِ الصغير، إذا ولي ماله، وهذا يوافق وجهاً للأصحاب في أنَّ وليَّ المال يزوّج أمة الصغير والمجنون، نسيباً كان أو وصيّاً أو قيماً، كسائر التصرُّفات المالية، والأظهر وَجْهٌ آخرُ، وهو: أن الذي يزوِّجها وليُّ النِّكَاحِ الذي يلي المالَ، وعلى هذا؛ غَيْرُ الأب والْجَدِّ لا يزوجها؛ لأنه لا يزوِّج الصغيرةَ والصَّغيرَ، والأبُ لا يزوِّج أمة الصغيرة، وإن كانت مجنونةً، تزوَّج، وإن كان لسفيه، فلا بدّ من إذنه.

وقوله في الكتاب: «[وللوليِّ تزويج رقيق الطفل]»[1] اللفظ ينظم العبد والأمة، وهو

(١) في ز: تزويج رقيق الطفل.

مستمرٌّ على ظاهره؛ لثبوت الخلاف فيهما، ثم الظاهرُ في العَبْدِ المنع، وفي ٱلأَمةِ الجوازُ.

الثَّانِيَةُ: أَمَةُ المرأة، يُنْظَر في حالها، إن كانت مالكتها محْجُوراً علَيْها، فقد سبق، وإلاَّ، فيزوجها وليُّ المرأة تَبَعاً لولايته على المالكة، ولا فرْقَ بين الوليِّ بالنسب وغيره، ولا بَيْن أن تكون ٱلأَمَةُ الْمُزَوَّجَةُ عَاقِلَةً أو مَجْنُونَةً، كَبِيرَةً أو صَغِيرَةً.

وذكر الإِمام؛ أن صَاحِبَ «التَّلْخِيصِ» قال: لا يزوِّجها الأولياءُ بالأسباب الخاصَّة؛ لأنه ليس بينهما وبينهم سَبَبٌ، ولا نسب، ولكن يزوِّجها السلطان بالولاية العامة، وهذا غَيْرُ مَشْهُورٍ عنه، ولا مذكور في «التَّلْخِيصِ»، وإنما المشهور والمذكُور أن معتقة المرأة يزوِّجها السلطان، وَقَدْ حكَيْنا ذلك عنه من قبل، ثم لا حَاجَة في نِكَاح الأمة إِلَى إذنها، ولا بُدَّ من إذْن المالكة لفظاً، ولا يكفي ثبوت الْبِكْر فِي نكاح أمتها؛ لأنها لا تستَحِي في نكاح أمتها[1].

الثالثة: أعتق في مرضه أمَةً، قَالَ: ابنُ الْحَدَّادِ: لا يجوز لوليِّها الْحُرّ من الأب والأخ أو غيرهما تزويجُها، حَتَّى يَبْرَأ أو يموت، وتخرج هي من الثلث؛ لأنها إنما تَعْتِقُ بتمامها على هذَيْن التقديرَيْن، فلا يجوز نكاحُهَا حَتَّى تعرف حريتها، وهذا كما لو أسْلَمَ الكافر وتخلفت زوجته، نَصَّ الشَّافِعِيّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ على أنه لا يجوز له أن ينكح أختها لاحتمال أن المتخلفة تُسْلِمُ قبل انقضاء العدة، وساعده بَعْضُ الأصحاب علَىٰ ما ذكره، وهو الذي أورده القاضي ابنُ كَجٍّ.

وقال الأكثرون، منهم ابن سُرَيج وأبو زَيدٍ: يجوز لوليِّها تزويجُها؛ لأنا في ظاهر الحالِ نحْكُم بحريتها، فلا يمتنع الْعقْدُ بالاحتمال، ولهذا لَوْ مَاتَ، وخرجت من الثلث، نحكم بعتقها، ويجوز تزويجها، وإن كان يحتمل أن يظهر عليه دَيْنٌ، يمنع خروجها من الثلث، وليس هذا كَنِكَاحِ أختِ الْمُشْرِكة، فإن الظَّاهِرَ هناك بقاءُ النِّكَاحِ، ولهذا لو أسلَمَتْ في العدَّة، تبين دوام النِّكَاحِ، وهنا المريض هو المالِكُ والأصل بقاؤه، ويعود العتقُ، علَى أن أبا زيد جعل نِكَاحَ أختِ المشركة على قولَيْن، فيسوي بين الصورتَيْن، ويقرب بين المسألتَيْن نكاح المرتابة بالحمل، وسيأتِي في كتاب «العِدَّةِ» إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، فإن حكمنا بالصحَّة، فهو حكم بالظاهر، وحقيقة الأمر تتبين آخراً، فإن تحقَّقنا نفوذ العتْق، تحقَّقنا مضيَّ النِّكَاحِ على الصحَّة، وإلاَّ، فينظر في إجازة الورثةِ وردِّهم، إن ردُّوا بَانَ فَسَادُ النِّكَاحِ، وإنْ أجازوا، فإن جعلْنا الإِجازة

---

(١) قال الأذرعي: هذا في الناطقة، فإن كانت خرساء مفهمة كفت إشارتها، والظاهر أنه إذا زوج أمة العاقلة الرشيدة بإذنها على المشهور كان له تزويج أمة الصغيرة والمجنونة وغيرها بلا إذن لأنه تصرف لها في مالها على وجه النظر لها كما أسلفناه.

إنشاء [تَبَرُّع][1] منهم، فكذلك الجواب؛ لأن العتقَ كان متبعِّضاً إِلَىٰ أن أجازوا وإن جَعَلْنَاهَا تَنْفِيذاً، فهو كما لو خرجَتْ من الثُّلُثِ، ثم في الْمَسْأَلَةِ كَلاَمَانِ:

أَحَدُهُمَا: صَوَّرَ الإِمَامَ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ ـ الْمَسْأَلَةَ فيما إذا لم يكُنْ للمعتِقِ مالٌ سواها، ثم قال: إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ جَمٌّ، بَقِيَ ثُلُثُهُ بقيمتها، يجوز أن يُقَالَ؛ على قياس كلام ابنِ الْحَدَّادِ: النِّكَاحُ مَحْمُوْلٌ عَلَى الصِّحَّةِ بِنَاءً على كَثْرَةِ الْمَالِ، ويجوز خلافُهُ لضَعْفِ ملك المريض، وكون الْمَالِ عرضةً للأقارب، وهذا ما يقتضيه كَلاَمُ ابنِ الْحَدَّادِ في المولَّدات، وَعَامَّةُ النَّاقِلِينَ، فإنهم أرسلوا التصوير، ولم يقيِّدوا بما إذا لم يكن له مَالٌ سِوَاها.

والثاني: ادَّعَى الإِمَامُ أَنَّ الشَّيْخَ أبا عَلِيٍّ ذكر في «الشَّرْح» أن فحوى كلام ابنِ الْحَدَّادِ يدل على أَنَّ السَّيِّدَ لو أعتقها كما صوَّرنا وتزوَّجها بنَفْسِه، نفذ ذلك؛ لأنها، إِنْ رقت، فهو سيِّدها، وَإِلاَّ، فله ولاؤها، واعترض عليه بأنَّا إذا قدَّرنا نفوذ العتق، فالمعْتِقُ لا يملك التزويج بالولاء مع وجود الأب أو الأخ، وهذا الذي ادعاه شَيْءٌ سَبَقَ إليه الْوَهْمُ والنِّسْيان، وإنما ذَكَرَ الشَّيْخُ ذلك فيما إذا لم يكُنْ لها وليٌّ نسيبٌ، فقال: ومفهوم ما قاله ابنُ الْحَدَّادِ؛ أنه إذا لم يكُنْ لها وَلِيٌّ غير السيد، فزوَّجها هو، صح؛ لأنها إن لم تخرج من الثلث، فهو وليُّ ما عتق بالولاء، ومالِكُ ما لم يُعْتَقْ، هذا لفظه في «الشَّرْح» فَأَمَّا إذا زوَّجها السيِّد، ولَهَا وليٌّ نسيبٌ، وجب ألاَّ يصح على الوجهين، وإن كان بإِذْنِ النَّسِيبِ، وجب أن يَصِحَّ على الوجهين والله أعلم.

وهذا وقت الفَرَاغ مِن القسم الثاني من كتاب النكاح ـ بتوفيق الله تعالى ـ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (القِسْمُ الثَّالِثُ) مِنَ الكِتَابِ فِي المَوَانِعِ، وَهِيَ أَرْبَعَةُ أَجْنَاسٍ (الأَوَّلُ): المَحْرَمِيَّةُ بِقَرَابَةٍ أَوْ رِضَاعٍ أَوْ صِهْرٍ (أَمَّا القَرَابَةُ) فَيَحْرُمُ مِنْهَا سَبْعَةٌ: الأُمَّهَاتُ وَالبَنَاتُ وَالأَخَوَاتُ وَبَنَاتُ الإِخْوَةِ وَالأَخَوَاتُ وَالعَمَّاتُ وَالخَالاَتُ، وَلاَ يَحْرُمُ أَوْلاَدُ الأَعْمَامِ وَالأَخْوَالِ، وَأُمُّكَ كُلُّ أُنْثَى يَنْتَهِي إِلَيْهَا نَسَبُكَ بِالوِلاَدَةِ وَلَوْ بِوَسَائِطَ، وَبَنُوكَ مَنْ يَنْتَهِي إِلَيْكَ نَسَبُهُمْ وَلَوْ بِوَسَائِطَ، وَالضَّابِطُ أَنَّهُ يَحْرُمُ عَلَى الرَّجُلِ أُصُولُهُ وَفُصُولُهُ، وَفُصُولُ أَوَّلِ أُصُولِهِ، وَأَوَّلُ فَصْلٍ مِنْ كُلِّ أَصْلٍ وَإِنْ عَلاَ (ح و)، وَلاَ يَحْرُمُ الوَلَدُ (ح) مِنَ الزِّنَا إِلاَّ عَلَى الأُمِّ، وَفِي المَنْفِيِّ بِاللِّعَانِ وَجْهَانِ.

«القول في موانع النكاح»

قال الرَّافِعِيُّ: مقصود الفصل القولُ في «موانع النكاح» وترجمتها المعدودة في

---

(١) في ز: يتترع.

الركن الثاني من القسم الثاني وتبلغ سَبْعَةَ عَشَرَ، ثم منها ما هو أوضَحُ من أن يفتقر إلى تطويل؛ لكونها منكوحة الغير ومنها ما نتكلَّم فيه في غير هذا الباب لكونها ملاعنة، ومعظمها المحتاجُ إِلَى الشَّرْحِ وَالْبَسْطِ يَقَعُ في هذا القسم، وقد حَصَرَهُ الْمُصَنِّفُ في أربعة أَجْنَاسٍ:

أَحَدُهَا: المَحْرَمِيَّةُ، وهي الوصلة المُحَرِّمَة للنكاح أبداً، وَلَهَا ثَلاَثَةُ أَسْبَابٍ الْقَرَابَةُ، وَالرَّضَاعُ، وَالْمُصَاهَرَةُ.

السَّبَبُ الأَوَّلُ: القَرَابَةُ، ويحرم منها سبعةٌ، وهي الْمَذْكُورَاتُ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ إِلَىٰ قوله: ﴿وَبَنَاتُ الأُخْتِ﴾ [النساء: ٢٣] ولا يحرم بنات الأعمام وَالْعَمَّاتِ والأَخْوَالِ والخالاتِ، قَرُبْنَ أم بَعُدْنَ، وأمُّك كلُّ أنثىٰ ولدَتْكَ أَوْ وَلَدَتْ من ولَدَتْكَ، ذكراً كان أو أُنْثَىٰ، بواسطة أو بغَيْر واسطة، وإن شِئْتَ قلتَ: كلُّ من ينتهي إِلَيْها نسبُكَ بالولادة، بواسطة أو بغير واسطة[1]، وبنتك كل أنثى ولدتها، أو ولدت من ولدها ذكراً كان أو أنثى بواسطة، أو بغير واسطة، وإن شِئْتَ قُلْتَ: كُلُّ أُنْثَى ينتهي إليك نَسَبُهَا بالولادة بواسطة، أو بَغَيْرَ واسِطَةٍ. وأختُكَ: أنثىٰ وَلَدَهَا أَبَوَاكَ أَو أحدُهُما، وبنتُ أختِك منهما [كبنتك][2] منك، وعمَّتُكَ: كلُّ أنثى هي أختُ ذكَرٍ وَلَدَكَ بواسِطة، أو بغير واسطة، وقد تكون من جهة الأم كأختِ أبِ الأمِّ، وخالتُكَ: كُلُّ أنثَىٰ هي أخت أنثَىٰ ولدتْكَ بواسطة، أو بغير واسطة، وقد تكون من جِهَةِ الأب، كأخت أم الأب، وضبطهن الأصحاب بعبارتين:

إحداهما: قال الأستاذ أَبُو إِسْحَاقَ الإِسْفَرَايِينيُّ: يحرم على الرجُلِ أصولُهُ وفصولُهُ وأصولُ أوَّلِ أصوله؛ وأوَّلُ فصْلٍ من كل أصل بعده، أي: بعد أول الأصول، فالأصول: الأمهاتُ، والفصول: البنات، وفصول أول الأصول: الأخواتُ وبناتُ الأخِ والأختِ، وأوَّلُ فصْلٍ من كل أصل بعد الأصلِ الأول: العماتُ والخالاتُ، وَهَذِهِ الْعِبَارَةُ هِيَ الْمَذْكُورَةُ فِي الكتاب، لكنه قال: «وَأَوَّلُ فَصْلٍ من كُلِّ أَصْلٍ وإن عَلاَ»، وهذا يدخل فيه الأخواتُ مرةً أخرَى؛ لأن الأبَ والأمَّ من الأصول، وهنَّ أول فصولهما، فالأحْسَنُ التقييد كما ذكره سائر الأئمة.

---

(١) قال الأذرعي: هل ثبوت التحريم لشمول الاسم لهن أو للإلحاق لمشاركتهن في المعنى وهو الولادة فيه وجهان يجزمان في بنات البنين وبنات البنات وإن سفلن، وكذا في بقية المحرمات إذا طلعن درجة أو نزلنها كعمة الأب والأم وخالة الأب والأم وبنت ولد الأخ أو الأخت. قاله الماوردي فعلى الأول يكون ما فسر به المصنف حقيقة وعلى الثاني يكون مجازاً وقد قال الشافعي أن كلاً تسمى أماً فيجوز أن يريد الحقيقة، ويحتمل أن يريد أعم من ذلك.

(٢) في ز: كبنيك.

ولو حمل قوله «وكل أصل، وإن عَلاَ» عَلَىٰ كُلِّ أَصْلٍ عَالٍ، خَرَجَ ٱلأَبُ وَالأُمُّ، فَإِنَّهُمَا أصلاَنِ سافِلاَنِ، وليسا بعالِيَيْنِ، وَحِينَئِذٍ يتوافَقُ اللَّفظَانُ في إفادةِ الغَرَضِ.

وَالْعِبَارَةُ الثَّانِيَةُ عَنِ ٱلأُسْتاذِ أَبِي مَنصُورٍ الْبَغْدَادِيِّ أَنَّ نِسَاءَ الْقَرَابَاتِ مُحَرَّمَاتٌ إلاَّ مَنْ دَخَلَ فِي ٱسْمِ وَلَدِ الْعُمُومَةِ، وولد الخُئُولَةِ، ثُمَّ قف عَلَىٰ فَوَائِدَ:

إحداها: ذكرنا في «الوقف» خِلاَفاً في دخول بَنَاتِ ٱلأَوْلاَدِ فِي ٱسْمِ الْبَنَاتِ، وفي الْوَصِيَّةِ خِلاَفاً فِي دخُولِ جَمِيعِ الْجَدَّاتِ في اسْم ٱلأُمَّهَاتِ فَإِن قلْنا بالدخول، فالذي ذكرنا الآن في تفسير البنات والأمهات حقيقةُ اللفظَيْن وإن لم نَقُلْ بالدُّخُولِ، فهو تعريف الْمُرَادِ ثُمَّ يَقَعُ اللَّفْظُ عَلَى بَعْضِهِنَّ حقيقة، وعلى بعْضِهِنَّ مجازاً، وعلَىٰ هذا جرى أَئِمَّتُنَا العراقيُّون، فقالوا: تحرم البنت بالحقيقة والمجاز، وكذا سائر المذكورات إلاَّ الأخت، فلا مجازَ فِيهَا، وإذا قلْنا بهذا، فيمكن أن يقال: المراد من الآية التفسيرُ المذكورُ، ويمكن أن يُقَالَ: المراد الحقيقةُ، وصوَرُ المجاز مقيسةٌ بها.

الثانية: إذا قُلْنا بوقوع اسم الأب على الأجداد، احتجنا أن نقيِّد تفسير الأخت، فنقول: هي التي ولَدَهَا أبواكَ الأدنيانِ أو أبواك بلا وَاسِطَةٍ.

الثالثة: فَسَّرَ مُفَسِّرُونَ العمَّة والخالَةَ بما لا تشْمَلُ المحرَّمات من الصِّنف، وهذا الإمام يقول: كلُّ من ولَدَها أجدادُكَ وجدَّاتُكَ مِن قِبَلِ الأب، فهي عمَّةٌ، ومن ولَدَها أجدادُكَ وجدَّاتُكَ من قِبَل الأم، فهي خالَةٌ، فتخرج عن الأول عمة الأم، وهي أخت أبي الأم، وعن الثاني خالة الأب، وهي أخت أم الأب، وهما مُحَرَّمَتَانِ.

الرابعة: لك أن تُرَجِّحَ مِنَ الْعِبَارَتَيْنِ الثانية بإيجازها، وبأن ٱلأُولَىٰ لا تنصُّ على الإناث، فإن لفظ الأصول والفُصُول يقع على الذكور والإناث، وبأنَّ اللائق بالضابط أَنْ يكون أَقْصَرَ المضبوط، ليَسْهل حفظُه، والأمر في العبارة الأُولَىٰ بخلافه، ثم في الفصل فَرْعَانِ:

الأَوَّلُ: إذا زنا بِٱمْرَأَةٍ، فولدَتْ بنتاً، فيجوزُ لِلزَّانِي تَزَوُّجُهَا ويُكْرَهُ، أما الجواز، فلأنَّهَا أَجْنَبِيَّةٌ عنه، بدليل أَنَّهُ لا يثبت سائر أحكَامِ النَّسَبِ، وَأَمَّا الْكَرَاهَةُ، فقد اختلف ٱلأَصْحَابُ في سبَبِها، فمنهم مَنْ قال: سببها الخروجُ من الخلاف بيْنَ العلماء، ومنهم مَنْ قال: السببُ احتمالُ كَوْنِهَا مخلوقةً من مائه، فعلى المَعْنَى الثَّانِي، لو تَيَقَّنَ أنها مَخْلُوقَةٌ من مائه، حُرِّمَ عليه أن ينكحِهَا، وهذا اختيار جَمَاعَةٍ، منهم الْقَاضِي الرُّويَانِيُّ، وعلى الأول؛ لا تَحْرُمُ مع التيقن، وهو ٱلأَصَحُّ من المذهب، وعن ابن القاص وَجْهٌ مُطْلَقٌ أنه لا يَجُوزُ للزَّانِي نِكَاحُهَا، وهو قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَحْمَدَ، وَسَاعَدَنَا مَالِكٌ على الْجَوَازِ، وَلاَ شَكَّ أَنَّهَا لَوْ وَلَدَتِ ٱبْناً حُرِّمَ عَلَيْهِ أَنْ يَنْكِحَهَا.

الثاني: البنْتُ المنفيَّةُ باللِّعان لا يجوز للملاعِنِ أن ينكحها إن كان قد دخل بالْمُلاَعَنَةِ؛ لأنَّها ربيبة امْرَأَةٍ مَدْخُولٍ بها، وإن لم يَدْخُلْ بها، فوجهان، وحكايةُ الوجهين في «الْكِتَابِ» وإن كانت مطْلَقَةً، لكنِ المرادُ هذه الحالة:

أحدهما: الجوازُ كَبِنْتِ الزِّنَا؛ لأنها منفيّة أيضاً.

وأصحهما: الْمَنْعُ؛ لأنَّهَا لا تنتفي عنه قَطْعاً؛ ألا تَرَىٰ أنه لو أَكْذَبَ نَفْسَهُ لحقتْهُ قال في «التَّتِمَّة» وعلَىٰ هذا، ففي وُجُوبِ القِصَاصِ بِقَتْلِهَا، والحَدِّ بِقَذْفِهَا، والْقَطْعِ بِسَرِقَةِ مَالِهَا، وَقَبُولِ شَهَادَتِهِ لَهَا وَجْهَانِ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَيَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ، وَكُلُّ امْرَأَةٍ أَرْضَعَتْكَ أَوْ أَرْضَعَتْ مَنْ أَرْضَعَتْكَ أَوْ أَرْضَعَتْ مَنْ يَرْجِعُ نَسَبُكَ إِلَيْهِ فَهِيَ أُمُّكَ، وَكَذَلِكَ كُلُّ امْرَأَةٍ يَرْجِعُ نَسَبُ الْمُرْضِعَةِ إِلَيْهَا، وَأُخْتُ الْمُرْضِعَةِ خَالَتُكَ، وَأَخُوهَا خَالُكَ، وَكَذَلِكَ فِي سَائِرِ أَحْكَامِ النَّسَبِ، وَلَوِ اخْتَلَطَتْ أُخْتُ رَضَاعٍ بِأَهْلِ قَرْيَةٍ جَازَ أَنْ يَنْكِحَ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ، وَإِنْ كُنَّ مَحْصُورَاتِ العَدَدِ فِي العَادَةِ لَمْ يَجُزْ نِكَاحُ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ.**

«القول في الرضاع»

قَالَ الرَّافِعِيُّ: السَّبَبُ الثَّانِي: الرَّضَاعُ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] وَعَنِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهِ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أنه قَالَ: «يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ الْوِلاَدَةِ»[1] وَيُرْوَىٰ «مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ».

ولْنبيِّنِ الأَصْنَافَ السَّبْعَةَ مِن الرَّضَاعِ، فَكُل: امْرَأَةٍ أَرضعتْكَ، أو أَرْضَعَتْ مَنْ أرضعَتْكَ، أو أَرْضَعَتْ مَنْ وَلَدَكَ بواسطة أو بغير واسطة، فهي أمُّكَ، وكذا كُلُّ امْرَأَةٍ وَلَدَتِ المرضعة أو الفحل، وَكُلُّ امْرَأَةٍ أَرْضَعَتْ بِلَبَنِكَ أو بلبن من ولدته، أو أرضعتها امرأةٌ ولدتها، أنت فَهِي بنتُكَ، وكذلك بناتُها مِنَ النَّسَبِ والرَّضَاعِ، وَكُلُّ امْرَأَةٍ أَرْضَعَتْهَا أمُّكَ وأرضعت بلبن أبيك، فهِي أختك، وكذلك كُلُّ امْرَأَةٍ ولدتْهَا المرضعة، أو الفحلُ أو أَخَوَاتُ الْفَحْلِ، والمرضعةُ وأخواتُ من ولدهما من النَّسَبَ وَالرَّضَاعِ، عماتُكَ وخالاتُكَ، وَكِذَلِكَ كُلُّ امْرَأَةٍ أرضعَتْها واحدةٌ من جداتك أو أرضعَتْكَ بلبنِ وَاحِدٍ مِنْ أجْدَادِكَ مِنَ النَّسَبِ والرَّضَاعِ، وبناتُ أَوْلاَدِ الْمُرْضِعَةِ وَالْفَحْلِ مِنَ الرَّضَاعِ وَالنَّسَبِ بِناتُ

---

(١) أخرجه البخاري من حديث عائشة باللفظ الأول، وللبخاري من حديثها: حرموا من [٢٦٤٤ - ٣١٠٥ - ٥٠٩٩، مسلم ١٤٤٤] الرضاعة ما يحرم من النسب، وفي لفظ للنسائي: ما حرمته الولادة حرمه الرضاع، وفي الباب عن ابن عباس في قصة بنت حمزة فقال: وإنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، البخاري [٢٦٤٥ - ٥١٠٠، مسلم ١٤٤٧] ولمسلم: من الرحم.

أَخيكَ وأختكَ، وكذلك كُلُّ أُنثى أَرْضَعَتْهَا أُخْتُكَ أو أُرْضِعَتْ بلبن أُخْتِكِ وبناتها بنات أولادها من الرَّضَاعِ وَالنَّسَبِ بناتُ أخيك وأختِكَ، وبناتُ كُلِّ ذَكَرٍ أَرْضَعَتْهُ أُمُّكَ أَو أُرْضِعَتْ بِلَبَنِ أَخِيكَ وبناتِ أولادِهِ من الرَّضَاعِ والنَّسَبِ بناتُ أَخيكَ، وبناتُ كُلِّ امْرَأَةٍ أَرْضَعَتْهَا أُمُّكَ أو أُرْضِعَتْ بلبن أبيكَ وبناتِ أولَادِهَا من النَّسَبِ والرَّضَاعِ بناتُ أخيكَ.

وأربعُ نِسْوَةٍ يَحْرُمْنَ في النَّسَبِ، وَفي الرَّضَاعِ قَدْ يَحْرُمْنَ، وَقَدْ لاَ يحرمَن.

إحداهن: أم أم الأخ والأخت من النَّسَبِ حَرَامٌ؛ لأنها أمٌ، أو زوجة أب، وفي الرَّضَاعِ، وإن كانت كذلك حَرُمت أيضاً، وإن لم تكُنْ كما إذا أرضعَت أَجْنَبِيَّةٌ أَخَاكَ أو أُختَكَ، لم تحْرُمْ.

الثانية: أم نافلتك في النسب حَرَامٌ؛ لأنها إما بنتك أو زوجةُ ابنِكَ، وفي الرَّضَاع قد لا تكون بنتاً ولا زوجة ابن بِأَنْ أَرْضَعَتْ أجنبيةٌ نافلتك.

الثالثة: جَدَّةُ وَلَدِكَ في النَّسَبِ حَرَامٌ؛ لأنها أم أمك أو أمُّ زوجتك، وفي الرَّضَاعِ قَدْ لاَ تَكُونُ كَذَلِكَ كما إذا أرضعت أجنبيةٌ ولدَكَ، فإنَّ أمَّها جدتُهُ، وليسَتْ بأمك ولا أُمِّ زوجتَك.

الرابعة: أختُ ولَدِكَ في النَّسَبِ حرامٌ عليك؛ لأنها إما بنتك أو ربيبَتُكَ، وإذا أرضعتْ أَجْنَبِيَّةٌ وَلَدَكَ، فبنتها أختُ ولَدِكَ، وليستْ بنتك ولا ربيبةً ولا تحرم أخت الأخ في النَّسَبِ، ولا في الرَّضَاعِ وصورته في النَّسَبِ أن يكون لك أخٌ لأب وأختٌ لأمٍّ، فيجوز لأخيك من الأبِ نكاحُ أختِكَ من الأم، وهي أختُ أخيه، ومن الرَّضَاع امرأةٌ أرضعْتكَ وأرضعَتْ صَغيرةً أَجْنَبِيَّةً مِنْكَ، يجوز لأخيك نِكَاحُهَا، وهي أختك من الرَّضَاعِ والصُّوَرُ الأَرْبَعُ مستثناةٌ من قولنا «إِنَّهُ يَحْرُمُ من الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ»[1] ثُمَّ الفَصْلُ

---

(١) قال النووي في زوائده: كذا قال جماعة من أصحابنا: تستثنى الصور الأربع. وقال المحققون: لا حاجة إلى استثنائها، لأنها ليست داخلة في الضابط، ولهذا لم يستثنها الشافعي وجمهور الأصحاب رضي الله عنهم، ولا استثنيت في الحديث الصحيح «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» لأن أم الأخ لم تحرم لكونها أم أخ، وإنما حرمت لكونها أماً أو حليلة أب، ولم يوجد ذلك في الصورة الأولى، وكذا القول في باقيهن. والله أعلم.

قال في المهمات: سبقه إلى ذلك الرافعي فذكر في الرضاع أنه لا حاجة لاستثنائها، والجواب الجامع أن نقول الاستثناء إخراج بالولادة لدخل وهذه المسائل لم تدخل لأنا قلنا تحرم البنت والأم ونحو ذلك، ولا يوجد في الرضاع أم حلال ولم نقل في نسب تحرم أم الأخ وأم الأخت وأم الولد وجدة الولد وأخت الولد والمسائل المستثناة إنما تدخل في هذا اللفظ لا في لفظ الأم والبنت ونحوهما فاللفظ المذكور في المحرمات لا يدخل في هذه المسائل واللفظ الذي يدخل في هذه المسائل لم يذكر في المحرمات وحذف من التعجيز أم الحافد وزاد ثلاث مسائل وهي أم العم وأم الخال وأخو الابن فقال إلا ستاً أم أخ أو عم أو خال وجدة ابن وأخته وأخوه. وقوله وأخوه أي أخو ابنه وصورته في امرأة لها ابن ارتضع من امرأة أجنبية لها ابن فذاك الابن وأخو ابن المرأة المذكورة أولاد لا يحرم عليها أن تتزوج بهذا الذي هو أخو ابنها. انتهى.

مَخْتُومٌ بِمَسْأَلَةٍ تَجْرِي في المحارم بالنَّسَبِ والمصاهرة جَرَيَانَهَا في الرَّضَاعِ، وهي أَنَّهُ إِذَا اختلَطَ محرمة بأجنبيات، هَلْ لَهُ أن يَنْكِحَ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ.

قَالَ الأَصْحَابُ: إن كان الاختلاطُ بعُذْرٍ لا ينحصر، كنِسْوَة بَلَدٍ، أو قَرْيَةٍ كَبِيرَةٍ، فله نِكَاحُ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ، وَإِلاَّ انحسم عليه بَابُ النِّكَاحِ، فإنه، وإن سَافَرَ إِلَىٰ بَلْدَةٍ أُخْرَىٰ، لم يؤْمَنْ مسافرتها إِلَىٰ تلك الْبَلْدَةِ أَيْضاً، وهذا كما إِذَا اختلط صَيْدُ مَمْلُوكٍ بِصُيُودٍ مُبَاحَةٍ لا تنحصر، لا يَحْرُمُ الاصْطِيَادِ.

وقال الإِمَامُ: وَهَذَا ظَاهِرٌ، إِنْ عَمَّ الالْتِبَاسُ، فَأَمَّا إِذَا أَمْكَنَهُ نِكَاحُ امْرَأَةٍ لا يتمارَىٰ فيها، فيحتمل أن يُقَالَ: لا ينكح اللواتي يَرْتَابُ فِيهِنَّ، والظَّاهِرُ أنه لا حَجْر؛ ولو كان الاختلاطُ بنسوة معدُوداتٍ، فليجتنبهن؛ لأن بَابَ النِّكَاحِ لا ينحسم ههنا، وأيضاً، فاحتمالُ أن تكون المحرمة هي التي نَكَحَهَا لا يَبْعُد هنا بعده فيما إذا كنَّ غير محصُوراتٍ، فلو خَالَفَ، ونَكَح إِحْدَاهُنَّ.

قال الشَّيْخ أَبو عَلِيٍّ: فيهِ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أنه يَصِحُّ النِّكَاحُ؛ لأن النِّكَاحَ قَدْ وُجِدَ ظَاهِراً، وسَبَبُ الْمَنْعِ فِي الْمَنْكُوحَةِ مَشْكُوكٌ فِيهِ.

وَالأَصَحُّ: المنع تَغْلِيباً للتحريم، ولا مدْخلَ للتَّحَرِي في الباب على ما مرَّ في «الطَّهَارَاتِ».

قوله في الْكِتَابِ «وإن كُنَّ مَحْصُورَاتِ الْعَدَدِ في العادة» فيه إِشَارَةٌ إلى ما ذكره الإِمَامُ أَنَّا نَعْنِي بِعَدَم الانْحِصَارِ عُسْرَ عَدِّهِن على آحاد الناس، وإلاَّ، فَلَو أَرَادَ وَالي بَلْدَةٍ كَبِيْرَةٍ أن يَعدَّ سُكَّانَهَا، منه وَقَالَ الْمُصَنِّفُ في «الإِحْيَاءِ»: كُلُّ عَدَدٍ لو اجتمعوا من بَعِيدٍ وَاحِدٍ، يَعْسُرُ على النَّاظِرِ عدُّهم بمجرَّد النَّظَرِ، كَالأَلْفِ وَالأَلْفينِ، فهو غَيْرُ مَحْصُورٍ، وإِنْ سَهُلَ؛ كَالْعَشَرَةِ وَالْعِشْرِينَ، فَهُوَ مَحْصُورٌ، وبين الطرفين أوساطٌ يلحق بأحدهما بالظَّنِّ، ما وقع لك فيه الشكُّ فلتستفتِ فيه الْقَلْبَ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **(وَأَمَّا الْمُصَاهَرَةُ) فَيَحْرُمُ مِنْهَا بِمُجَرَّدِ النِّكَاحِ الصَّحِيحِ أُمَّهَاتُ الزَّوْجَةِ مِنَ الرَّضَاعِ وَالنَّسَبِ وَزَوْجَةِ الابْنِ وَالحَفَدَةِ وَزَوْجَةُ الأَبِ وَالجَدِّ، وَيَحْرُمُ بَنَاتُ الزَّوْجَةِ بِالوَطْءِ لاَ بِمُجَرَّدِ النِّكَاحِ، وَالوَطْءُ بِالشُّبْهَةِ يُحَرِّمِ الأَرْبَعَ دُونَ الزِّنَا، وَيَكْفِي الاشْتِبَاهُ عَلَى الزَّوْجِ فِي وَجْهٍ، وَيَثْبُتُ النَّسَبُ وَالْعِدَّةُ بِالاشْتِبَاهِ عَلَيهِ، وَيَجِبُ المَهْرُ بِالاشْتِبَاهِ عَلَيْهَا، وَلاَ يَكُونُ اللَّمْسُ كَالْوَطْءِ فِي الْمُصَاهَرَةِ عَلَىٰ أَصَحِّ القَوْلَيْنِ.**

«القول في المصاهرة»

قال الرَّافِعِيُّ: السَّبَبُ الثَّالِثُ الْمُصَاهَرَةُ، وَيَحْرُمُ مِنْهَا عَلَى التَّأْبِيدِ أربعٌ:

إحداهن: أُمُّ الزَّوْجَةِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَىٰ: ﴿**وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ**﴾ [النساء: ٢٣] وأم زوجتك منها كَأُمِّكَ مِنْكَ، وَقَدْ عَرَفْتَ تَفْسِيرَ «الأُمِّ» ويستوي في التَّحْرِيمِ أُمَّهَاتُ النَّسَبِ والرَّضَاعِ.

والثانية: زَوْجَةُ الابْنِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿**وَحَلاَئِلُ أَبْنَائِكُمُ**﴾ [النساء: ٢٣] ويشمل التحريم حَلاَئِلَ الأَحْفَادِ وإن سَفَلُوا، وسواءٌ كانوا من النَّسَبِ، أو مِنَ الرَّضَاعِ، والمقصود منَ قَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿**الَّذِينَ مِنْ أَصْلاَبِكُمْ**﴾ [النساء: ٢٣] بَيَانُ أنَّه لا يَحْرُمُ عَلَى الإِنْسَانِ زَوْجَةُ مَنْ تَبَنَّاهُ.

والثالثة: زَوْجَةُ الأَبِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَىٰ: ﴿**وَلاَ تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ**﴾ [النساء: ٢٢] وما في معناها زوجاتُ الأَجْدَادِ، وَإِنْ عَلَوْا من قِبَلِ الأُمِّ وَالأَبِ جَمِيعاً، وَتَحْرُمُ زَوْجَةُ الأَبِ مِنَ الرَّضَاعِ أيضاً.

الرَّابِعَةُ: بنت الزَّوْجَةِ، وبنتُ زوجَتِكَ منها كبنتك منْكَ، وسواءٌ كُنَّ من النَّسَبِ أو من الرَّضَاعِ، وتحرم الثلاثُ الأُولَيَاتُ بمجرَّد النِّكَاحِ؛ بشرط أن يَكُونَ صَحِيحاً فَأَمَّا النِّكَاحُ الْفَاسِدُ فَإِنَّهُ لا يتعلَّق به الْحُرْمَةُ؛ لأَنَّهُ لا يفيدُ الحل فِي الْمَنْكُوحَةِ والحرمة في غيرها فرع الحل فيها.

وَأَمَّا الرَّابِعَةُ: وهي بِنتُ الزَّوْجَةِ، فلا تَحْرُمُ بالنِّكَاحِ، وإنَّما تَحْرُمُ إذَا دخل[1] بالزَّوْجة؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿**وَرَبَائِبُكُمُ اللاَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللاَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ، فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ**﴾ [النساء: ٢٣] وذكر الحجور جرياً على الْغَالِبِ.

---

(١) قال في الخادم: هذا إذا كانت الزوجة حية فلو وطىء امرأته بعد موتها ولم يكن وطئها في حياتها فهل تحرم الربيبة بهذا الوطء.
قال في البحر: قال يحتمل التحريم لأنه وطىء شبهة لبقاء أحكام النكاح في هذه الحالة من الإرث وجواز الغسل ولو كان الواطىء أجنبياً لم تحرم الربيبة وإن قلنا بسقوط الحد في أحد الوجهين أي وهو الأصح لأن الحد لم يسقط هنا للشبهة بل لأن الحد في الأصل وضع للردع والزجر والموت هنا أبلغ في الردع. قال: وعندي لا تحرم الربيبة أصلاً لأنها تلحقه بالبهيمة بعد الموت لزوال الخطاب عنها وإيجاب الحد هنا كإيجابنا في وطء البهيمة وهو لا يجب، وكذا إيجابها الغسل فيه.
قال صاحب الخادم: وبهذا أجاب البغوي في أول فتاويه فقال: لا يثبت بوطء الميتة حرمة المصاهرة كما لو سقي لبناً حلب من ميتة لا تثبت حرمة الرضاع. قال: وكذا لو استدخلت ذكراً مباناً لا تثبت به المصاهرة بخلاف ما لو استدخلت ذكراً زائداً.

وَعَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أَنَّ النَّبِيَّ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم ـ قال: «مَنْ نَكَحَ امْرَأَةً ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا، حُرِمَتْ عَلَيْهِ أُمَّهَاتُهَا، وَلَمْ تُحَرَّمْ عَلَيْهِ بِنْتُهَا»(١).

وَعَنِ مَالِكٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أَنَّ الربيبة إنما تَحْرُم إذا رُبِّيَت في حِجْرِهِ.

وَيَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ قوله في الْكِتَابِ «ويحرم منها بمجرَّد النِّكَاحِ الصحيح أُمَّهَاتُ الزَّوْجَةِ»؛ بالواو لأن الشَّيْخ أَبَا عَاصِمٍ الْعَبَّادِيَّ وابنه أَبَا الْحَسَنِ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ ـ رَوَيَا ذهاب أبي الحَسَن أحمد بن مُحَمَّدٍ الصَّابُونِيِّ مِنْ أَصْحَابِنَا إِلَىٰ أَنَّ أُمَّ الزوجة لا تحرم إلاَّ بالدُّخُولِ كالربيبة.

ولا يحرم على الرَّجُلِ بِنْتُ زوج الأُمِّ، ولا أُمُّهُ، ولا بِنْتُ زَوْجِ الْبِنْتِ، ولا أُمُّه، وَلاَ أُمُّ زَوْجَةِ الأَبِ ولا بنتُها وَلاَ أُمُّ زَوْجَةِ الابْنِ، ولا بِنْتُهَا، ولا زَوْجَةُ الرَّبِيبِ، ولا زَوْجَةُ الرَّابِّ.

ثم فيه مَسَائِلُ:

المَسْأَلَةُ الأُولَى: [تجرد ملك اليمين لا يثبت نسباً من هذه المحرمات لكن الوطء](٢) يثبتها حَتَّى تَحْرُمَ الْمَوْطُوءَةُ عَلَى ابْنِ الْوَاطِىءِ وأبيه، وَتُحْرَمَ عَلَيْهِ أُمُّ الْمَوْطُوءَةِ وبنتها، وَاحْتَجَّ لَهُ بِأَنَّ الوطء في مِلْكِ الْيَمِينِ نَازِلٌ مَنْزِلَةَ عَقْدِ النِّكَاحِ، وَلِهَذَا يَحْرُمُ الْجَمْعُ بَيْنَ وطء الأختين في المِلْك، كما يَحْرُمُ الْجَمْعُ فِي النِّكَاحِ، وَلاَ يَحْرُمُ الْجَمْعُ فِي مِلْكِ الْيَمِينِ والوطء بِشُبْهَةٍ، والنِّكَاحُ الْفَاسِدُ والشراء الْفَاسِدُ ووطء الْجَارِيَةِ المشتركَةَ، ووطء جارية الابن يثبتُ حُرْمَةَ الْمُصَاهَرَةِ، كما يُثْبِتُ النَّسَبَ، ويوجب العدَّةَ، وفي «شَرْحِ الْفُرُوعِ وغيره قَوْلٌ ضعِيفٌ أَنَّ الوطء بالشُّبْهَةِ لاَ يُثْبِتُ حُرْمَةَ الْمُصَاهرَةِ؛ كالزِّنَا، وَالْمَذْهَبُ الأَوَّلُ، وذلك إذا شملت الشبهةُ الواطِىءَ والموطوءة، وَأَمَّا إِذَا اخْتَصَّتِ الشُّبْهَةُ بِأَحَدِهِمَا، والآخَرُ زانٍ، بأن أَتَى الرَّجُلُ فِرَاشَ غَيْرِ زَوْجَتِهِ غَلَطاً فَوَطِئَهَا، وَهِيَ عَالِمَةٌ،

---

(١) أخرجه الترمذي [١١١٧] من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بمعناه، وقال: لا يصح، وإنما رواه عن عمرو بن شعيب: المثنى بن الصباح وابن لهيعة وهما ضعيفان، وقال غيره: يشبه أن يكون ابن لهيعة أخذه عن المثنى ثم أسقطه، فإن أبا حاتم قد قال: لم يسمع ابن لهيعة من عمرو بن شعيب (تنبيه) تبين أن قول الرافعي: ابن عمر، فيه تحريف لعله من الناسخ، والصواب ابن عمرو بزيادة واو، وفي الباب عن ابن عباس من قوله أخرجه ابن أبي حاتم في تفسيره بإسناده قوي إليه، أنه كان يقول: إذا طلق الرجل امرأة قبل أن يدخل بها وماتت، لم تحل له أمها، ونقل الطبراني فيه الإجماع، لكن في ابن أبي شيبة عن زيد بن ثابت أنه كان لا يرى بأساً إذا طلقها، ويكره إذا ماتت عنه، وروى مالك عن يحيى بن سعيد عنه أنه سئل عن رجل تزوج، ثم ماتت قبل أن يصيبها، هل تحل له أمها. قال: لا، الأم مبهمة، وإنما الشرط في الربائب. قاله الحافظ.

(٢) سقط في ز.

وَأَتَتْ غَيْرَ زَوْجِهَا غَالِطَةً، وَهُوَ عَالِمٌ، أَوْ كَانَتْ هي جاهلةً أو نَائِمَةً أَوْ مُكْرَهَةً، وَهُوَ عَالِمٌ، أو مَكَّنَتِ الْبَالِغَةُ الْعَاقِلَةُ مَجْنُوناً أو مُرَاهِقاً، فَوَجْهَانِ:

أَصَحُّهُمَا: أن الاعْتِبَارَ بِالرَّجُلِ، حَتَّى تَثْبُتَ حُرْمَةُ الْمُصَاهَرَةِ، إِذَا اشْتَبَهَ الْحَالُ عَلَيْهِ، كَمَا يَثْبُتُ النَّسَبُ وتجب العِدَّةِ ولا يثبت، إِذَا لَم يَشْتَبِه عَلَيْهِ، كَمَا لا يثبت النَّسَبُ والْعِدَّةُ.

والثَّانِي: أَنَّ الشُّبْهَةَ في أيهِمَا كَانَتْ تُثْبِتُ حُرْمَةَ الْمُصَاهَرَةِ، عَلَىٰ هَذَا فَوَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّها تختصُّ بمَنِ اختصَّتْ به الشُّبْهَةُ، حَتَّى لَوْ كَانَ الاشْتِبَاهُ عَلَيْهِ يُحَرَّمُ عَلَيْهِ أُمَّهَا وابنتها وبِنْتَهَا، ولا تحرم [هي على أبيه وابنه][1] ولو كان الاشتباه عليها، حُرِّمَتْ على أبيه وابنه، ولا تَحْرُمُ عليه أُمُّهَا وابنتُها.

والثاني: أنها تعمُّ الطرفين كالنَّسب ثم الوطء في النكاح، وملْك اليمين، كما يوجب الْحُرْمَةَ، يوجب الْمَحْرَمِيَّة، حَتَّى يَجُوزَ للواطِيءِ المسافرةُ بأمِّ الْمَوْطُوءَةِ وابنتها، ولابنه وأبيه الخلوةُ بها والمُسَافَرَةُ بها، وفي وطءِ الشُّبْهَةِ وَجْهَانِ، وَيُقَالُ: قَوْلاَنِ:

أَحَدُهمَا: أنَّ الْحُكْمَ كَذَلِكَ؛ لأن الوطْءَ بالشُّبْهَةِ يثبت النسب، ويوجب الْعِدَّةَ، فكذلك المحرميةُ.

والثاني: الْمَنْعُ؛ لأَنَّهُ لا يَجُوزُ له الخُلْوَةُ والمسافَرَةُ بالموطوءة، فبأمِّها وابنتها أولَىٰ، وليس كالوطء في النِّكَاحِ وملك اليمين؛ لأنَّ أم الموطوءة وبنتها يدخلان عليها، ويشقُّ عليها الاحتجاب عن زوجها، ومثل هذه الحاجة مفقودةٌ هُنَا، والأصحُّ الأوَّلُ عند الإمام، والثاني عِنْدَ عَامَّةِ الأصحاب، وحَكَوه عن نَصِّه في «الإِمْلاَءِ».

المسألةُ الثانيةُ: الزِّنَا لا يُثْبِتُ حُرْمَةَ الْمُصَاهَرَةِ، حَتَّىٰ يجوز للزاني أن ينكح أمَّ المزنيِّ بها وبنتها، وحتى يجوز لابنه وأبيه أن يَنْكِحَها؛ لأنَّ حرمة المصاهرة نعمةٌ من اللَّهِ تَعَالَىٰ، فلا تثبت بالزنا، كما لا يثبت به النَّسَبُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَحْمَدُ ـ رَحِمَهُمَا اللَّهُ ـ يثبتها، وَلَوْ تَلَوَّطَ بِغُلاَمٍ، لم يحْرُم على الفاعِلِ أمُهُ وابنتُهُ، وَعَنْ أَحْمَدَ: خلافُهُ، ولو ملك جاريةً محرمةً عليه برضاع أو مصاهرةٍ، فوطئها، فإن لم نوجبْ به الحدَّ، أثبتنا حُرْمَةَ الْمُصَاهَرَةِ، وَإِنْ أوجبناه، فهو كَالزِّنَا، واللَّهُ أعْلَمُ.

المسألة الثالثةُ: الْمُفَاخَذَةُ وَالتَّقْبِيلُ واللمس، هل هو كالوطء، حَتَّى يُثْبِتَ حرمة المصاهرة عند الشبهة، وحتَّى يُحَرِّمَ الربيبةَ في النِّكاحِ؟.

---

(١) سقط في ز.

فيه قولان:

أَحَدُهِمَا: وبه قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ وَمَالِكٌ: نعم؛ لأنه تلَذُّذ بمباشرة فَأَشْبَهَ الوطء، ولأنه استمتاعٌ يوجبُ الفِدْيَةَ على المُحْرِمِ؛ فكان كالوطء، وهذا أَصَحُّ عند صاحب «التَّهْذِيبِ» واختاره القاضي الرُّويَانِيُّ.

والثاني: لاَ، وبه قَالَ أَحْمَدُ؛ لأنه لا يوجِبُ العدَّة، فكذلك لا يثبت الحُرْمة، وأيضاً، فقد قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿مِنْ نِسَائِكُمُ اللاَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٣] شرط الدخول في التحريم، وهذا أَصَحُّ عند الإمام، وَيُحْكَىٰ عن اختيار ابْنِ أبي هُرَيْرَةَ وابْنِ القَطَّانِ وغيرهما، والقولان فيما إذا جَرَىٰ ذلك بِشَهْوَةٍ فأما اللَّمْسُ بِغَيْرِ شَهْوَةٍ، فإنه لا أثر له في التحريم نَصَّ علَيْه المُعْظم.

قَالَ الإِمَامُ: ومنْهم من أرسل ذِكْرَ الْمُلاَمَسَةِ، ولم يقيِّده بالشَّهوة، فيجوز أن يُقَالَ: يكفي صورة الملامسة، كما يَكْفِي في نقض الطَّهَارَةِ، والنَّظَرُ بالشهوة لا يقتضي حرمة المصاهرة، ومنهم مَنْ حَكَىٰ فيه قولاً آخَرَ ضعيفاً، ثم خصَّصه بَعْضُهُمْ بالنظر إلى الْفَرْجِ، وهو مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ، ومنهم من لم يفرِّق بين الْفَرْجِ وَغَيْرِهِ.

ويثبت المصاهرةَ إذا اسْتَدْخَلَتِ الْمَرْأَةُ ماء زَوْجِها، أو ماءَ أَجْنَبِيٍّ بالشُّبْهة[1]، كما يثبت النَّسَب، وتجب العدة، ولكن لا يَحْصُل به الإِحْصَانُ والتحْلِيل، وفي تقرير الْمَهْرِ ووجوبه للمفوَّضة وثبوت الرجْعة ووجوب الْغُسْلِ ووجوب الْمَهْر في صورة الشُّبْهَةِ وَجْهَانِ:

أَصَحُّهِمَا: المنع[2]، وإن أنزل الأجنبيُّ بزناً، لم يثبت النسب باستدخال مائه، ولا حرمَةُ المصاهرة، وإن أنزل الزوْج بالزِّنَا حَكَىٰ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» أنه لا يثبت النسب، وَلاَ حُرْمَةُ المصاهرة، ولا تجب العدَّةُ، وقال من عند نفسه: وجب أن تثبت هذه الأحكام، كما لو وطىء زوجته عَلَى ظَنِّ أنه يَزْنِي، وَاعْلَمْ أَنَّ ما يُثْبِتُ التحريمَ المؤبَّدَ، إذا طَرَأَ على النِّكَاحِ، قطَعَه، حتى لو نكح امرأةً، ثم وطِئَها أبوه أو ابنه بِشُبْهَةٍ، أو وطىء

---

(١) قال في المهمات: نقل صاحب الحاوي عن بعض الأصحاب أنه يشترط في التحريم بإدخال ماء الزوج أن تكون زوجة حال الإنزال والاستدخال ومقتضاه أنه يشترط في ماء الأجنبي قيام الشبهة في الحالتين. قال في التوسط: وهو بعيد من كلامهم. وقال الشيخ البلقيني: ومقتضاه تحريم الربيبة باستدخال الماء وهذا مما أخالف فيه وأجزم بعدم تحريم الربيبة بذلك لقوله تعالى: ﴿وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم﴾ وفي صورة استدخال الماء لم يوجد الدخول وأما العدة فظاهر كلام الزاز يقتضي إثبات خلاف فيها في الكلام على العنين.

(٢) قال في المهمات: جزم في الكلام على الفسخ بالتعنين بثبوت الرجعة وكذا في الشرح الصغير وكذا في الروضة في الكلام على التحليل واقتضى كلامه هناك أنه المعروف للشافعي وأصحابه وبه يظهر رجحان الفتوى به.

هو أمّها أو ابنتَها بشبهة، انفسخ نِكَاحُهَا. وفي «المولّدات» فرعان؛ يتعلّقان بهذا ألأَصْلِ:

الأول: نكح الرجل امرأةً، ونكح ابنُهُ بنْتَها، ووطىء كلُّ واحدٍ منهما زوجةَ الآخَرِ غالطاً، فينفسخ النِّكَاحَانِ؛ لأن زوجة الأب موطوءةُ ابنِهِ، وأمُّ موطوءته بالشُّبْهة، وزوجةَ الابْنِ موطوءةُ أبِيه، وبنتُ موطوءَتِهِ بالشبهة، وهذا جَوَابٌ على الصَّحيح في أنَّ الوطء بِالشُّبْهَةِ في الملك، ويَجِبُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ منْهما مَهْرُ الْمِثْلِ للَّتِي وَطِئَها بالشبهة، ثُمَّ لا يخلو، إما أن يترتب الوطآن أو يقعا معاً، إنْ ترتَّبا، نُظِرَ، إن سبق وطء الأب، فعليه لزوجته نصْف المسمَّىٰ؛ لأنَّه الذي رفَعَ نكاحَهَا، فهُو كَما لو طلَّقها قبل الدخول، وهلْ يجب علَىٰ الابن لزوجته شيْء؟.

قال ابنُ الْحَدَّادِ: لا؛ لأن نكاحها لم يرتفعْ بسببٍ من جهته، وَإِنَّمَا ارتفع بوَطْءِ الأَبِ السَّابقِ.

وقال آخرون من الأصحاب يجب عليه نِصْفُ ما سَمَّى لَهَا؛ لأنه إن لم يكُنْ للزوج صُنْعٌ في رفع النكاح، فلا صُنْعَ لها فيه أيضاً، فلا ينبغي أن يَسْقُطَ مهرها.

وتوسَّط الشَّيْخُ أَبو عَلِيٍّ، فقال: إنْ كانَتْ زوجةُ الابْنِ نائمةً أو مُكْرَهَةً أو صَغِيرَةً لا تعْقِل، فلها نصْفُ المسمَّىٰ على الزوج؛ لأن الانفساخ، والحالةُ هذه، غير منسوب إليها، فصارت كما لو كانت تحته صغيرةٌ وكبيرةٌ، فأرضعَتِ الكبيرةُ الصغيرةَ، ينفسخ نكاحها، والصغيرةِ نِصْفُ الْمُسَمَّىٰ على الزَّوْجِ، وإن كانتْ زوجةُ الابنِ عاقلةً، وطاوعت الأب ظانَّة أنه زوْجُها، فلا مَهْرَ لَهَا، كَمَا لو اشترت الحرَّةُ زوْجَها قبل الدخول يَسْقُطُ مَهْرُهَا، وإذا أوجبنا على الابْنِ نِصْفَ الْمُسَمَّى، فيرجع علي أبيه؛ لأنه فوّت نكاحها عليه، وبم يرجع بمَهْرِ المثل أو بنصفه أو بما غرم فِيْهِ ثَلاَثَةُ أَقْوَالٍ؛ تُذْكَرُ في «الرَّضَاعِ» إن شاء اللَّهُ ـ تَعَالَى ـ، وإن سبق وطء الابن، فعليه لزوجة نِصْفُ المسمَّى، وَهَلْ يجِبُ عَلَى الأب لزوجته نِصْفُ الْمُسَمَّى؟.

فيه الاختلافُ السابقُ، فإن قلْنا: نَعَمْ، فله الرجوع كما ذكرنا، وإن وقع الوطآن معاً، فعلى، كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ ما سَمَّى لزوجته، وهل يرجع على الآخر بشيء؟.

عن الشيخ أبي مُحَمَّدٍ عَنِ الْقَفَّالِ أن زوجة كُلِّ واحد منهما [حُرِّمَتْ عَلَيْهِ بفِعْله وفعْل صاحبه، فيرجع كلٌّ منهما][1] علَىٰ صاحبه بنصْفِ ما كان يَرْجِعُ به، لو انفرد، ويهدر نصف كما في الاصطِدَام. وقال الشَّيْخُ أبو عَلِيٍّ، لا يرجع واحدٌ منهما علَى الآخر؛ لأن النكاحَ ارتفَعَ بفعلهما جميعاً، فينسب الفراقُ إلى الزوج، كما لو اشترى

(١) سقط في ز.

امرأته، أو خالعها، وليس كالاصطدام؛ لأن فعل كُلّ واحد منهما، ههنا لو انفرد، لحَرُمَت به زوجتُه وزوجةُ صاحبه، ولا يمكننا أن نقول في الاصطدام: لو انفرد كل واحد منهما بفعله، لحصل ذلك الأثَرُ.

الفرع الثاني: نكح امرأتَيْنِ في عَقْدٍ وَاحِدٍ، ثُمَّ بَانَ أَنَّ إِحداهما أُمُّ الأخرى، فالنكاحان باطلان، ولا يجب المسمَّى، ولا شيء منه لواحدةٍ منهما، نعم، لو وطئها أو واحدةً منهما، وجب مهر المثل، ولو نكحهما في عقدَيْنِ، ووطىء إحداهما، ثم بَانَ أن إحداهما أمّ الأُخْرَى، فينظر؛ أسبق نِكَاحُ الأُمّ، أَمْ نِكَاحُ البِنْتِ، إن سبق نكاح الأمّ، فإن كانت هي المَوْطُوءَة، فنكاحُهَا بحاله والأخرى ربيبةٌ محرمةٌ، وإنْ كانَتِ البنتُ هي الموطوءة، فالنكاحَانِ باطِلاَنِ، أما نكاحُ البنتِ، فلأَنَّهُ نكَحَها، وتحته أمها، وأما نكاح الأم؛ فلأنها أم مَوْطُوءَتِهِ بالشُّبْهَةِ، وله أن ينكح الْبِنْتَ مَتَى شَاءَ؛ لأنها ربيبة امرأة لم يدخُلْ بها، ويجب للبنت مَهْرُ الْمِثْلِ، وللأمّ نصفُ المُسَمَّىٰ؛ لأن النكاح ارتفع بصنع الزوج، وإن كان السَّابِقُ نِكَاحَ الْبِنْتِ، فإن كانتْ هي الموطوءة، فنكاحُها بحاله، والأمُّ مُحَرَّمَةٌ على التأبيد، وإن كانت الموطوءةُ الأمّ، بَطَلَ النكاحان، وحُرِّمَتا على التأبيد، أما الأمّ، فبنكاحِ البنت، وأما البنتُ فبوطء الأم بشُبْهَةِ النِّكَاح، ويجب للأمّ مَهْرُ المثل، وللبنت نِصْفُ المسمَّىٰ، وإن اشتبهت الموطوءةُ، وعرفت التي سَبَقَ نِكَاحُهَا، فنكاح الَّتي سبق نكاحُها ثابتٌ؛ لأنه يحتمل أن تكون السابقةُ هي الموطوءةَ، ولا يؤثر الوطء في نكاحها، ويحتمل أن تكون الموطوءةُ الأُخْرَى، فيفسد نكاح الأوَلَىٰ، وإذا وَقَعَ الشَّكُّ، فالأصل الاستمرارُ، وليس له نكاحُ الثانية؛ لأن الأُولَىٰ، إن كانت بنتاً، فالثانيةُ أمُّ امرأته، فتَحْرُم على التأبيد، وإن كانَتْ أمّاً، فليس له نكاحُ البنْتِ، والأمُّ تحته، فإن كان ارتفع نكاحُ الأم بطلاقٍ أو غيره، لم يحلّ له نكاحُ واحدةٍ منهما؛ لأن إِحداهما محرَّمةٌ على التأبيد، فأشبه ما إذا اختلطت أخته من الرضاع بامرأةٍ أخرَىٰ لا ينكح واحدةً منهما، وإن اشتبه السابقُ من النكاحَيْن، وعرفت الموطؤةُ، فغَيْر الموطؤةِ محرَّمة أبداً؛ لأنها أم الموطوءة بالشبهة أو بنت الموطوَءةِ، وأما الموطوءة، فإن كانت هي المنكوحة أولاً فَنِكَاحُها مستمرٌّ، وإن كانت المنكوحةُ أولاً الأخْرَىٰ، فنكاحها غير منعقد، فيوقف أمرها، ويمنع من نكاح غيره، وإن طلبت الفسخ للاشتباه، فُسِخَ النكاح كما في تزويج الوليَّيْن، وإن اشتبه السابقُ من النكاحَيْن، واشتبهت الموطوءةُ أيضاً، فيوقف عنهما؛ لاحتمال أنه سَبَقَ نكاحُ البِنْت، وقد دَخَل بالأمّ، فيحرَّمان عليه، وليس له أن يَنْكِحَ وَاحِدَةً منهما؛ لأن إحداها محرَّمةٌ عليه على التأبيد، وَلَوْ كَانَتِ الْمَسْأَلَةُ بحالها، [لَكَانَ وَطِئَهمَا][1] جميعاً، بطَلَ نكاحهما ويُحَرَّمَان على التأبيد، ثم إن وطىء أولاً الَّتي نَكَحَها

---

(١) في ز: لكن وطئهما.

أولاً، فللأولَىٰ، مهرها المسمَّىٰ، وللثانية مَهْرُ المِثل، وإن وطيء أولاً التي نكَحَها آخراً، فلها مَهْرُ مثلها؛ لأنَّه لم ينعقد نِكَاحُهَا، وللمنكوحةِ أولاً نصْفُ مهرها المسمَّىٰ وجميع مهْرِ المثل، أما نصْفُ المسمَّىٰ، فلارتفاع نكاحها بسببٍ من جهة الزَّوج، وهو وَطْءُ المنكوحة آخراً، وأما جميع مهْرِ المثل؛ فلأنه وَطِئَها بعد ارتفاع النِّكَاح وطءَ شبهة.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الثَّانِي): **مَا لاَ يُوجِبُ حُرْمَةً مُؤَبَّدَةً وَيَتَعَلَّقُ بِعَدَدٍ وَهِيَ ثَلاَثَةٌ: (الأَوَّلُ): نِكَاحُ الأُخْتِ عَلَى الأُخْتِ لاَ يَجُوزُ مَا لَمْ يُطَلِّقِ الأُولَىٰ طَلاَقاً بَائِناً وَلاَ يَجُوزُ الجَمْعُ بَيْنَهُمَا، وَلاَ بَيْنَ امْرَأَتَيْنِ بَيْنَهُمَا قَرَابَةٌ أَوْ رَضَاعٌ لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا ذَكَراً حَرُمَ النِّكَاحُ بَيْنَهُمَا، وَيَجُوزُ أَنْ يَنْكِحَ المَرْأَةَ وَأُمَّ زَوْجِهَا أَوْ بِنْتَ زَوْجِهَا وَإِنْ كَانَ لاَ يَصِحُّ النِّكَاحُ بَيْنَهُمَا لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا ذَكَراً.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: تكلَّمنا في المحْرَمِيَّة المقتضية للتحْريم المؤبَّد، وأمَّا ما يقتضي التحريم لا بصفة التأبيد، فَمِنْهُ مَا يَتَعَلَّقُ بعددٍ، ومنه ما يتعلَّق بصفةٍ؛ كالرِّقِّ والكُفْر، والَّذِي يتعلَّق بالعدد ثَلاَثَةُ أَنْوَاعٍ:

الأول: الجمع بين الأختين من النَّسَبِ أو الرَّضَاع سواءٌ كانتا أختين من الأبوين أو من أَحَدِ الأبوين، قَالَ اللَّهُ تَعَالَىٰ: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ [النساء: ٢٣] فلو نكح أختين معاً، فالنكاحان باطلان، وإن نكحهما على الترتيب، فنكاح الثَّانِيَة باطلٌ، فَإِنْ وطئها جاهلاً بالحكم، فلها مَهْرُ الْمِثْلِ، وعليها العدة، ويجوز أن يَطَأَ الأُولَىٰ والثانية في العدة، لكن الأَوْلَىٰ ألاَّ يفعل، رُوِيَ أَنَّهُ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ قَالَ: «مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ، فَلاَ يَجْمَعَنَّ مَاءَهُ فِي رَحِمِ أُخْتَيْنِ»[(١)].

وَإِذَا طَلَّقَ الأُولَىٰ طَلاَقاً بَائِناً، فَلَهُ نِكَاحُ الثَّانِيَةِ؛ لأَنَّهَا بَائِنٌ مِنْهُ فَجَازَ له العقْدُ على أختها، كما لو طلَّقها قبل الدخول.

وقال أَبُو حَنِيْفَةَ وَأَحْمَدُ ـ رحمهما الله ـ تعالى: لا يجوز له نكاح أُخْتِها ما دامَتْ هي في العدة، وكذا لو وطيءَ امْرَأَةً بالشُّبْهَةِ، فما دامت في العِدَّةِ لا يجوز التزويج بأختها عِنْد أَبِي حَنِيْفَةَ، ولو كان الطَّلاَقُ رَجْعِيّاً، لم يجز نكاح أختها ما لم تنقض عدتها؛ لأن الرَّجْعِيَّةَ في حكم المنكوحات، ألا تَرَىٰ أنه يجري التوارث بينهما، ويلزمها

---

(١) قال الحافظ: لا أصل له باللفظين، وقد ذكر ابن الجوزي اللفظ الثاني، ولم يعزه إلى كتاب من كتب الحديث، وقال ابن عبد الهادي: لم أجد له سنداً بعد أن فتشت عليه في كتب كثيرة، وفي الباب حديث أم حبيبة في الصحيحين أنها قالت: يا رسول الله أنكح أختي، قال: لا تحل لي، الحديث، ولأبي داود من حديث فيروز الديلمي قال: قلت: يا رسول الله إني أسلمت وتحتي أختان قال: طلق أيهما شئت، وللترمذي في روايته: اختر أيهما شئت، وسيأتي في باب نكاح المشرك.

عدة الوفاة إذا مات عنها ويصح، إيلاؤه عنهما، والظهارُ منها.

لو ادَّعى الزَّوجُ أنَّها أخبرته بانقضاء العدة، والوقتُ محتمل وَأَنْكَرَتِ المرأة، وقالت: لم تنقضِ عدتي بعد، فله نِكَاحُ أختها؛ لزعمه انقضاء عدتها، ولو طلَّقها، لا يقع الطَّلاَقُ، ولو وطئها يجب الحد.

وعن الْحليميِّ وَالْقَفَّالِ: أنه ليس له نكاح أختها؛ لأن القول قولها في بقاء العدة، وعلى هذا، فلو طلقها يقع، ولو وطئها، لا يحدُّ، والأول أظهر، وهو المحكيُّ عن نَصِّهِ في «الإملاء» وتجب النفقة لا محالة، ولا يقبل قوله في سُقُوطِ حَقِّهَا، ولو طلق زوجته الرقيقة طلاقاً رجعياً، ثم اشتراها، فَلَهُ نِكَاحُ أختها في الحال، وكذا لو اشتراها قبل الطلاق؛ لأن ذلك الفراش قد انقطع، وكما يحرم الجَمْعُ بين الأختين، يَحْرُم الجمع بين المرأة وبنت أخيها وبنات أولاد أختها، وكذلك بَيْنَ المرأة وبنت أخيها وبنات أولاد أختها، سواءٌ كانَتِ العمومةِ والخُئُولَة من النسب أو الرضاع.

وَرُوِيَ عَنْ أبي هُرَيْرَةَ ـ رَضِيِ اللَّهُ عَنْهُ ـ أَنَّ النَّبِيَّ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ قَالَ: «لاَ تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ عَلَى عَمَّتِهَا، وَلاَ الْعَمَّةُ عَلَىٰ بِنْتِ أَخِيْهَا، وَلاَ الْمَرْأَةُ عَلَى خَالَتِهَا، وَلاَ الْخَالَةُ عَلَىٰ بِنْتِ أُخْتِهَا، وَلاَ الْكُبْرَىٰ عَلَى الصُّغْرَى وَلاَ الصُّغْرَى عَلَى الْكُبْرَى»[1] وأراد الكُبْرَىٰ والصغرىٰ في الدرجة، لا في السن، والصغرى بنت الأخ وبنت الأخت، والكبرى العمة والخالة، وضبط تحريم الجمع بعبارات:

---

(١) أخرجه أبو داود [٢٠٦٥] والترمذي [١١٢٦] والنسائي [٩٨/٦] من حديث داود بن أبي هند عن الشعبي عنه، وليس في رواية النسائي: لا تنكح الكبرى على الصغرى إلى آخره، وصححه الترمذي، وأصله في الصحيحين البخاري [٥١٠٩ ـ ٥١١٠] مسلم [١٤٠٨] من طريق الأعرج عن أبي هريرة بلفظ: لا يجمع بين المرأة وعمتها، ولا بين المرأة وخالتها، ولمسلم من طريق قبيصة عن أبي هريرة بلفظ: لا تنكح العمة على بنت الأخ، ولا ابنة الأخت على الخالة، وله من طريق أبي سلمه عنه: لا تنكح المرأة على عمتها، ولا على خالتها، وفي رواية: لا يجمع بين المرأة وعمتها، ولا المرأة وخالتها، ورواه البخاري بنحوه عن جابر، وقيل: إن راويه عن الشعبي أخطأ في قوله عن جابر، وإنما هو أبو هريرة لكن أخرجه النسائي من طريق أبي الزبير عن جابر أيضاً، وقال ابن عبد البرّ: طرق حديث أبي هريرة متواترة عنه، وزعم قوم أنه تفرد به وليس كذلك، ثم ساق له طرقاً عن غيره، وفي الباب عن ابن عباس رواه أحمد وأبو داود والترمذي وابن حبان [١٢٧٥] وعن أبي سعيد رواه ابن ماجة بسند ضعيف، وعن علي رواه البزار، وعن ابن عمر رواه ابن حبان، وفيه أيضاً عن سعد بن أبي وقاص، وزينب امرأة ابن مسعود، وأبي أمامة، وعائشة وأبي موسى وسمرة بن جندب (تنبيه) قال الشافعي: لم يرَ وهذا الحديث من وجه يثبته أهل العلم بالحديث إلا عن أبي هريرة، قال البيهقي: قد روي عن جماعة من الصحابة إلا أنه ليس على شرط الشيخين، قلت: قد ذكرنا أن البخاري أخرجه عن جابر.

إحداها: وهي المذكورة في الكتاب: «يحرم الجمع بين كلّ امرأتين بينهما قَرَابَةٌ أو رَضَاعٌ، لو كانت إحداهما ذكراً، لَحَرُمَتِ المناكحة بينهما».

والثانية: تحريم الجَمْع بين كل امرأتين بينهما قرابة أو رضاعٌ يقتضي المحرمية.

والثالثة: يحرم الجمع بين كُلّ امرأتين بينهما وصلةُ قرابةٍ أو رضاع، لو كانت تلك الوصلة بينك وبين امرأة، لَحَرُمَتْ عليك، وقصَدُوا بقيد القرابة والرضَاع الاحترازَ عن الجَمْع بين المرأة وأم زوجها وبنت زوجها وإن شئت قُلت: بين الْمَرْأَةِ وزوجة ابنها، وعن الجمع بين المرأة وبنت زوجها، وإن شئت قلت: بين المرأة وزوجة أبيها، فإنَّ هذا الجمع غير مُحرَّم، وإن كانت يَحْرُم النكاح بينهما، لو كانت إحداهما ذكراً؛ لأنا لو قدَّرنا أم الزوج ذكراً، حَرُمَتْ عليه زوجة الابن، ولو قدرنا بنت الزوج ذكراً حرمت عليه زوجة الأب، لكن ليس بينهما قرابةٌ، ولا رضاع، وإنما ذلك التحريم بِسَببِ الْمُصَاهَرَةِ، والمعنى أن سبب تحريم الجمع ما فيه من قطيعة الرحم المُوحِشَة، والمنافسة القوية بين الضرتين رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: «أَنَّهُ أَشَارَ إِلَيْهِ فَقَالَ: «إِنَّكُمْ إِذَا فَعَلْتُمْ ذَلِكَ قَطَّعْتُمْ أَرْحَامَهُنَّ»[1] والرَّضاع في معنى القرابة؛ لأنه يُثْبت اللحم ويُنْشِزُ العظم، وأما المصاهرةُ، فليس فيها رحم، حَتَّى يُفَوِّضَ قطعه، وقد يستغنَىٰ عن قيد القرابة والرضاع؛ بأن يقال: يحرم الجمع بين كل امرأتين أيهما قدرت ذَكَراً حرمت الأخرَىٰ عليه، فتخرج الصورتان المذكورتان؛ لأن أَيَّتَهُمَا قدرت ذكراً لا تحرم عليه الأخرَى؛ لأن أم الزوج، وإن كان تحرم عليها زوجة الابن لكن زوجة الابن لو قدرت ذَكَراً لا تحرم عَلَيْهِ ٱلأُخْرَى، بل تكون أَجْنَبِيَّةً عنه، وَيَجُوزُ الْجَمْعُ بَيْنَ بِنْتِ الرَّجُلِ وَرَبِيبَتِهِ، وَبَيْنَ الْمَرْأَةِ وَرَبِيبَةِ زَوْجِهَا مِنْ امْرَأَةٍ أُخْرَىٰ، وبين أخت الرَّجُلِ من أبيه وأخته من أُمِّهِ؛ لأنه لا يحرم المناكحة بتقدير ذكورة إحداهما، ويحرم الجمع بين الأمّ وابنتها قضيَّةً للضابط المذكور، حَتَّى لو نكحهما مَعاً، بَطَلَ النِّكَاحَانِ، ولو نَكَحَهُمَا في عقْدَيْن فالثاني باطل، ثُمَّ لَوْ كَانَتِ الثَّانِيَةُ البنْتَ، ولم يدخلْ بالأم، جاز أن يعقد على الثَّانِيَةِ.

---

(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه وابن عدي من حديث أبي حريز عن عكرمة عن ابن عباس بنحو ما تقدم، وزاد في آخره هذه الزيادة، ورواه ابن عبد البرّ في التمهيد من هذا الوجه، وأبو حريز بالمهملة والراء ثم الزاي اسمه عبد الله بن حسين، علق له البخاري ووثقه ابن معين وأبو زرعة، وضعفه جماعة فهو حسن الحديث، وفي الباب ما أخرجه أبو داود في المراسيل عن عيسى بن طلحة قال: نهى رسول الله عن أن تنكح المرأة على قرابتها مخافة القطيعة (تنبيه) رواية ابن حبان بالنون، بلفظ الخطاب للنساء في المواضع كلها إنكن إذا فعلتن ذلك قطعتن أرحامهن، ورواية ابن عدي بلفظ الخطاب الرجال، وبالميم في المواضع كلها، وما أورده المصنف لا يوافق واحداً منهما قاله الحافظ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَلَو اشْتَرَى أُخْتَيْنِ فَوَطِىءَ إِحْدَاهُمَا حَرُمَتِ الأُخْرَىٰ حَتَّى يُحَرِّمَ المَوْطُوءَةَ عَلَىٰ نَفْسِهِ بِبَيْعٍ أَوْ تَزْوِيجٍ (ح) أَوْ عِتْقٍ أَوْ كِتَابَةٍ (ح)، وَلاَ يَكْفِي طَرَيَانُ تَحْرِيمِ الحَيْضِ وَالعِدَّةِ والإِحْرَامِ، وَهَل يَكْفِي الرَّهْنُ وَالبَيْعُ بِشَرْطِ الخِيَارِ؟ فِيهِ خِلاَفٌ، وَلَوْ وَطِىءَ أَمَةً وَنَكَحَ أُخْتَهَا صَحَّ النِّكَاحُ وَحُرِّمَتِ المَوْطُوءَةُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: كُلُّ امرأتين لا يَجُوزُ الْجَمْعُ بينهما في النِّكَاحِ؛ لا يجوز الجمع بينهما في الوطء بملك اليمين، ولكن يَجُوزُ الْجَمْعُ بينهما في نفس الملك، أمَّا أنه لا يَجُوزُ الْجَمْعُ في الوطء فَلَمَا رُوِيَ أَنَّهُ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ قَالَ: «مَلْعُونٌ مَنْ جَمَعَ مَاءَهُ فِي رَحِمِ أُخْتَيْنِ» وَيُرْوَىٰ: «مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ، فَلاَ يَجْمَعُ مَاءَهُ فِي رَحِمِ أُخْتَيْنِ»[١] وأيضاً فإن الوطء في ملك اليمين بمثابة النكاح في حرمة المصاهرة، وكذلك ههنا أيضاً، فإنها بالوطء، تصير فراشاً له، فيمتنع استفراش الأخرى، كما أنه إذا صارت إحداهما فراشاً بالنكاح، امتنع نكاح الأخرى، وأما أنَّه يجوز الجمع في المِلْك، فَلأنَّ الملك قد يقصد به غير الوطء ولهذا يجوز أن تملك من لا تحل له، كالأخت من النَّسَبِ، وَالرَّضَاعِ والنِّكَاحِ، وإنما يقصد به الوطء ولهذا لا يجوز أَنْ يَنْكِحَ من لا تحل له، وإذا لم يتعيَّن الملك للوطء لم يُفْضِ الجمع فيه إلى التباغض والتقاطع، وإذا تقرر ذلك، ففي الفصل مسألتان:

[**المسألة الأولى**][٢]: لو اشتَرَى أختين، أو امرأةً وعمتها، أو خالتها معاً، أو على التعاقب، صح الشراء وله وطءُ أيتهما شاء، وإذا وطىء إِحْدَاهُمَا، حُرِّمَ عليه وطء الأخرى، لكن لا يجب به الحدُّ لقيام الملك وكونه بسبيلٍ من استباحتها بخلافِ ما لو وطىء أَمَتَهُ الَّتِي هي أخته من الرضاع؛ حَيْثُ يجب الحدُّ على أحد القولَيْن؛ لأنه لا سبيل إلى استباحتها بحال، ثم الثانية تبقى حراماً كما كانت، والأولَىٰ حَلاَلاً كما كانت، ولا يحرِّم الحرامُ الحَلاَلَ، لكن يُسْتَحبُّ ألاّ يطأ الأُولَىٰ، حَتَّى تستبرىء الثانية.

وعن أبي مَنْصُورِ بن مِهْرَانَ إسناد الأَوْدَنِي، أنه إذا أَحْبَلَ الثَّانِيَّةَ، حلَّت وحرُمَتِ الموطوءة، ولا تزال غير الموطوءة محرَّمة عليه، حتى تحرم الموطوءة على نفسه، أما إزالة الملك ببيع كلها أو بعضها، أو بالهبة، أو مع الإِقباض، أو بالعتق، أو بإزالة الحل بالتزويج، أو بالكتابة، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ ـ أنه لا يكفي التزويج والكتابة، ولا يكفي عروض الحَيْضِ والإِحرام والعدة عن وطء شبهة؛ لأن هذه الأسبابَ عارضةٌ، ولم يَزُلِ المِلْكُ ولا الاستحقاق، وكذا عروض الردة لا يفيد حِلَّ الأخرى، وفي الرَّهْنِ وَجْهَانِ:

---

(١) تقدم قريباً.

(٢) في أ: إحداهما.

أحدُهما: أَنَّهُ يَكْفِي كَالْكِتَابَةِ والتَّزْوِيجِ.

وأصحُهما: وبه أجاب في «الشَّامِلِ» المنع؛ لأنه لا يفيد استقلالاً، كما لا يفيده الكتابة ولا حلاً، للغير كما يفيده التزويج، ولا يزيل الْحِلَّ، ألا ترى أنه لو أذن فيه المرتهن، جاز مع بقاء الرهن، وَلَوْ بَاعَ بشرط الْخِيَارِ، فحيث يجوز للبائع الوطء، لا يُحِلُّ به الثَّانِيَةَ، وحيث لا يجوز، فوجهان، قَالَ ألإِمَامُ: الوجه عندي القطْعُ بحل الأخرى، لثبوت الملك للمشتري ونفوذ تصرفاته، ولا يكفي لِحِلِّ الأخرَىٰ الاستبراء عن الأولى؛ لأنه لا يزيل الفراش.

وقد رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ ـ عليه السَّلاَمُ ـ أنه قال: «من وَطِيءَ إحدى الأختين، فلا يَطَأْ الأخرَىٰ، حَتَّى تخرج الموطوءة عن ملكه» وعن القاضي الحسَيْنِ ـ رحمه الله ـ أن القياس يقتضي الاكتفاءَ بالاستبراء لِحِلِّ الأخرى؛ لأنه يدل على براءة الرحم، وذكر القاضي ابنُ كَجٍّ؛ أن القاضي أبا حَامِدٍ قال: غَلِطَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا فقال: إذا قَالَ حَرَّمْتُهَا عَلَى نَفْسِي، حرمت عليه، وحلَّت الأخرَىٰ، وإذا حرمها بالأسباب المعتدِّ بها، ثم عاد الحل، كما إذا باعها فرُدَّتْ عليه بعيب أو إقالَةٍ أو زَوَّجهَا، فطلَّقها الزوج أو كاتَبَهَا، ثم عجَزَتْ، لم يجز له أن يَطَأَهَا قبل أن يستبرئها لملكه الحادث، وإذا استبرأها، فإن لم يَطَأْ الثانية بعد تحريم الأولَىٰ، فيطأ الآن أيتهما شاء، وإن كان قد وطئها، لم يكن له أن يطأ التي عادت إليه، حَتَّى يحرم الأخرَىٰ على نفسه؛ لأن الثانية، والحالةُ هذه، كالأولَىٰ في الحالة الأولَىٰ.

فروع: الإتيان في المَوْضِعِ المكروه كالوطء في أن الأخرَىٰ تحرم به، وفي اللمس والقبلة والنظَرِ بشهوة، مثل الخلاف المذكور في حُرْمَةِ الْمُصَاهَرَةِ، ولو ملك أختين، إحداهما مجوسيةٌ أو أخته من الرَّضاع، فوطئها بشبهةٍ، جاز له وطء الأخرَىٰ؛ لأن الأولى محرمة، ولو ملك أُمّاً وابنتها، ووطيء إحداهما حرمت الأخرَىٰ على التَّأبِيدِ، فَلَوْ وَطِيءَ ألأُخرَى بَعْدَهُ نُظِرَ؛ إن جهل التَّحْرِيمَ، حُرِّمَتِ الأولَىٰ أيضاً على التَّأْبِيدِ، وإن كان عالماً، فهل عليه الحد لو وطيء الثانية قولان:

إن قلْنا: لا حُرِّمَت الأولى [أيضاً][1] على التَّأْبِيدِ، وَإلاَّ، فَلاَ.

الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ: إذا ملك إحدى ألأُخْتَيْنِ، وطئها، أو لم يَطَأْهَا ثُمَّ نَكَحَ أختها أو عمتها أو خالتها صَحَّ النِّكَاحُ، وَحَلَّتِ الْمَنْكُوحَةُ، وحرمت المملوكة، واحتَجَّ له، بأنَّ الاسْتِفْرَاشَ وَالاسْتِبَاحَةَ في باب النِّكَاح أقوى؛ ألا ترى أنه يتعلق به الطَّلاَقُ، والظِّهَارُ، والإِيلاَءُ واللِّعَانُ، والميراثُ، وسائر الأحكام وإذا كان فراش النِّكَاحِ أَقْوَى، لَمْ يَنْدَفِعْ بالأضعف، وكذا لو كانت في نكاحه إحدَى الأختين، فملَكَ الأخرَىٰ، فالمنكوحةُ

---

(١) سقط في ز.

حَلاَلٌ، كما كانت، والتي ملكها حَرَامٌ عليه؛ لأن الأقوى يدفع الأضْعَفَ، وعن مَالِكٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ في إحدى الروايتين: أن النِّكَاحَ لا يَصِحّ، إذا تَقَدَّمَ الملك، وبه قَالَ أَحْمَدُ، وَصَحَّحَ أَبُو حَنِيْفَةَ النِّكَاحَ، لكنه قال: لا تحل المنكوحةُ حتى تُحرِّم الموطوءة على نفسه، وليُعْلَمْ لذلك قوله في الكتاب «صَحَّ النِّكَاحُ» بالحاء والميم والألف.

فرع: إذا ارتدَّتِ المنكوحةُ بعد الدخول، لم يجز نكاح أختها، ولا أربعٌ سواها إلى أَنْ تنقضي العدةُ كالرَّجْعِيَّة.

قال ابنُ الْحَدَّادِ: ولو قال لها، وقد ارتدت: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاَثاً، فله في الحال نكاح أختها، لحصول البينونة بكل حَالٍ وكذا الحكم، لو ارتدت، وخالعها في الردة.

ولو كانت تحته صغيرةٌ وكبيرةٌ مدخولٌ بها، فارتدَّتِ الكبيرةُ وأرْضعت أمُّها في عدتها الصغيرةَ وقف نكاح الصغيرة، فإن أصرَّت الكبيرةُ، وانقضت العدة، بقي نكاح الصغيرة بحاله، وإن رجَعَتْ إلى الإسلام، بطَلَ نكاح الصغيرة؛ لأنها صارت أختاً للكبيرة، واجتمعت معها في النكاح وفي بطلان نكاح الكبيرة قولان؛ يأتي ذكرهما في نظير المسألة في «باب الرَّضَاعِ»:

أظهرهما: عند الشَّيخ أبي عليّ: أنه لا ينبَطِل، بل هو كما لو نكح أختاً على أختٍ، لا يبطل نكاح الأولَى، وكذلك الحكم لو كانت المرضعة أختاً للكبيرة، لاجتماعها مع الخالة في النِّكَاحِ، وعلى الزوج للصغيرةِ نصف الْمُسَمَّى، وللكبيرة تمامُهُ، ويرجع الزوْجُ على المرضعة بنصف مَهْرِ مثل الصغيرة على أَظْهرِ الأَقْوَالِ، وتمامه على الآخر، وبِجَمِيعِ مهر مثل الكبيرة على أظهر القَوْلين، إذا قلنا ببطلان نكاحها.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَكَذَلِكَ لاَ يَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَى أَرْبَعِ نِسْوَةٍ، وَتَحِلُّ الخَامِسَةُ بِطَلاَقِ بِائِنٍ لِوَاحِدَةٍ مِنَ الأَرْبَعِ دُونَ الرَّجْعِيِّ، وَالعَبْدُ لاَ يَزِيدُ (م) عَلَى ٱثْنَتَيْنِ، وَلَوْ نَكَحَ الحُرُّ خَمْساً فِي عَقْدَةٍ وَفِيهِنَّ أُخْتَانِ بَطَلَ فِيهِمَا، وَفِي البَوَاقِي قَوْلاَ تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: النوع الثاني: الزيادة على أَرْبَعِ نِسْوَةٍ، فلا يجمع الحرُّ في النكاح بين أكثر من أربع نسوة، روي أن غَيْلاَنَ أسلم وتحته عَشْرُ نُسْوَةٍ، فقال النَّبِيُّ ـ ﷺ ـ «ٱخْتَرْ أَرْبَعاً وَفَارِقْ سَائِرَهُنَّ»[1]، وأن نَوْفَلَ بْنَ مُعَاوِيَةَ أَسْلَمَ وَتَحْتَهُ خَمْسُ نِسْوَةٍ فَقَال: «أَمْسِكْ

(١) أخرجه الشافعي [١٦٠٤] عن الثقة عن معمر عن الزهري عن سالم عن أبيه نحوه، ورواه ابن حبان بهذا اللفظ وبألفاظ آخر، ورواه أيضاً الترمذي [١١٢٨] وابن ماجه [١٩٥٣] كلهم من طرق عن معمر، منهم ابن علية وغندر ويزيد بن زريع وسعيد وعيسى بن يونس، وكلهم من أهل البصرة، قال البزار: جوده معمر بالبصرة، وأفسده باليمن فأرسله، وقال الترمذي: قال البخاري: =

. . . .

= هذا الحديث غير محفوظ، والمحفوظ ما رواه شعيب عن الزهري قال: حدثت عن محمد بن سويد الثقفي أن غيلان أسلم، الحديث. قال البخاري: وإن حديث الزهري عن سالم عن أبيه، فإنما هو أن رجلاً من ثقيف طلق نساءه، فقال له عمر: لترجعن نساءك، أو لأرجمنك، وحكم مسلم في التمييز على معمر بالوهم فيه. وقال ابن أبي حاتم عن أبيه وأبي زرعة: المرسل أصح، وحكى الحاكم عن مسلم أن هذا الحديث مما وهم فيه معمر بالبصرة، قال: فإن رواه عنه ثقة خارج البصرة حكمنا له بالصحة، وقد أخذ ابن حبان [١٢٧٧ موارد] والحاكم [٢/ ١٩٢] والبيهقي [٧/ ١٨٢] بظاهر هذا الحكم، فأخرجوه من طرق عن معمر من حديث أهل الكوفة وأهل خراسان وأهل اليمامة عنه، قال الحافظ: ولا يفيد ذلك شيئاً، فإن هؤلاء كلهم إنما سمعوا منه بالبصرة، وإن كانوا من غير أهلها، وعلى تقدير تسليم أنهم سمعوا منه بغيرها، فحديثه الذي حدث به في غير بلده مضطرب، لأنه كان يحدث في بلده من كتبه على الصحة، وأما إذ رحل فحدث من حفظه بأشياء وهم فيها، اتفق على ذلك أهل العلم به كابن المديني والبخاري وأبي حاتم ويعقوب ابن شيبة وغيرهم، وقد قال الأثرم عن أحمد: هذا الحديث ليس بصحيح، والعمل عليه، وأعلمه بتفرد معمر بوصله وتحديثه به في غير بلده هكذا، وقال ابن عبد البرّ: طرقه كلها معلولة، وقد أطال الدارقطني في العلل تخريج طرقه، ورواه ابن عيينة ومالك عن الزهري مرسلاً، وكذا رواه عبد الرزاق عن معمر، وقد وافق معمراً على وصله بحر بن كثير السقا عن الزهري، لكن بحر ضعيف، وكذا وصله يحيى بن سلام عن مالك، ويحيى ضعيف قاله الحافظ.

فائدة: قال النسائي أنا أبو بريد عمرو بن يزيد الجرمي أنا سيف بن عبد الله عن سرار بن مجشر، عن أيوب عن نافع وسالم عن ابن عمر: أن غيلان بن سلمة الثقفي أسلم وعنده عشرة نسوة ـ الحديث ـ وفيه فأسلم وأسلمن معه، وفيه: فلما كان زمن عمر طلقهن، فقال له عمر: راجعهن، ورجال إسناده ثقات، ومن هذا الوجه أخرجه الدارقطني، واستدل به ابن القطّان على صحة حديث معمر، قال ابن القطّان: وإنما اتجهت تخطئتهم حديث معمر، لأن أصحاب الزهري اختلفوا عليه، فقال مالك وجماعة عنه بلغني فذكره وقال يونس عنه عن عثمان بن محمد بن أبي سويد، وقيل عن يونس عنه بلغني عن عثمان بن أبي سويد، وقال شعيب عنه عن محمد بن أبي سويد، ومنهم من رواه عن الزهري قال: أسلم غيلان فلم يذكر واسطة، قال: فاستبعدوا أن يكون عند الزهري عن سالم عن ابن عمر مرفوعاً، ثم يحدث به على تلك الوجوه الواهية، وهذا عندي غير مستبعد، والله أعلم قلت: ومما يقوي نظر ابن القطّان أن الإمام أحمد أخرجه في مسنده عن ابن علية ومحمد بن جعفر جميعاً عن معمر بالحديثين معاً، حديثه المرفوع، وحديثه الموقوف على عمر، ولفظه: أن ابن سلمة الثقفي أسلم وتحته عشر نسوة، فقال له النبي ﷺ: اختر منهن أربعاً، فلما كان في عهد عمر طلق نساءه، وقسم ماله بين بنيه، فبلغ ذلك عمر فقال: إني لأظن الشيطان مما يسترق من السمع سمع بموتك، فقذفه في نفسك، وأعلمك أنك لا تمكث إلا قليلاً، وأيم الله لتراجعهن نساءك، ولترجعن مالك، أو لأورثهن منك، ولآمرن بقبرك فيرجم كما رجم قبر أبي رغال، قلت: والموقوف على عمر هو الذي حكم البخاري بصحته، عن الزهري عن سالم عن أبيه، بخلاف أول القصة، والله أعلم وفي الباب عن قيس بن الحارث أو الحارث بن قيس عند أبي داود وابن ماجة، وعن عروة بن مسعود وصفوان بن أمية، ذكرهما البيهقي قاله الحافظ.

أَرْبَعاً وَفَارِقِ ٱلأُخْرَى»[١].

ولو جمع بين خَمْسٍ، فصاعداً، نُظِرَ؛ إنْ نكحهن في عَقْدٍ وَاحِدٍ، بَطَل نِكَاحُ الكل، وإن نكحهن على الترتيب، بطَل نكاحُ الزائدات على الأربع الأوليَّات، ولو نكح خمساً في عقد، وفيهن أختان، بَطَل فيهما، وفي البواقي قَوْلاً تفريقِ الصَّفقةِ، وقد مَرّ شَرْحُهُمَا في «البيع»، والأظهر الصحَّةُ؛ لأن ٱلأَظْهَرَ في البيع الصحَّةُ فيما يحل، والنكاح أولى بالصِّحَّةِ لِمَا سَبَقَ هُنَاكَ.

ولو نكح سَبْعاً فيهن أُخْتَانِ، بَطَلَ نِكَاحُ الْكُلِّ، وكذا لو نَكَحَ أَرْبَعاً أختَيْنِ وأختَيْن، وإذا كان في النكاح أَرْبَعٌ، فأبانهن، فله أن ينكح أربعاً بَدَلَهُنَّ، وإن كُنَّ في الْعِدَّةِ، ولو أبان واحدةً، فَلَهُ نِكَاحُ أخرَىٰ، وإنْ كانتِ المبانَةُ في عدته، وكذا لو وطىء امرأةً بالشبهة، له أن ينكح في عدتها أَرْبعاً، وخالف أَبُو حَنِيْفَةَ وَأَحْمَدُ فيه على ما ذكرنا في نِكَاحِ ٱلأُخْتِ في عدة ٱلأُخْتِ، ولا خلاف في المنع إذا كانت الْمُفَارَقَةُ رَجْعِيَّةً.

وَالْعَبْدُ ينكح اثنين، ولا يزيد، وعن مَالِكٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أنه يجوز له أن يَنْكِحَ أَرْبَعاً.

لنا: ما روي عن الحَكَم بن عُيَيْنَةَ، قَالَ: أَجْمَعَ أَصْحَابُ رَسُولِ اللَّهِ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ ألاَّ ينكح الْعَبْدُ أَكْثَرَ من اثنتين[٢].

فَرْعٌ: لابن الْحَدَّادِ إذا نكح سِتَّ نِسْوَةٍ ثلاثاً في عَقْدٍ، واثنتين في عَقْدٍ، وواحدةً في عقد، ولم يُدر أن المتقدِّم من العقود ماذا، فنكاح الواحدة صَحِيْحٌ لاَ مَحَالَةَ، أما إذَا سَبَقَ نِكَاحُهَا، فَظَاهِرٌ وأما إذا سبق إحدى العقدين نكاحها، فإنها تكون ثالثة أو رابعةً، فيصح نِكَاحُهَا، وأما إذَا سَبَقَ العقدان معاً نكاحهما، فإن العقدة الثانية تَبْطُلُ لزيادة المجموع على الأربع؛ وحينئذٍ يصحُّ نكاحُ الواحدةِ بعدهما؛ لأنها إما ثالثةٌ أو رابعةٌ، وأما البواقي، فَقَدْ قَالَ ابنُ الْحَدَّادِ: لا يثبت نكاحهن؛ لأن كل واحدة من عقدتي الاثنتين والثلاثِ يحتمل أن يكون بعد العقدة ٱلأُخْرَىٰ، فيبطل، وإذا وَقَعَ الشَّكُّ، فالأَصْلُ الْعَدَمُ، وأطنب الشَّيْخُ أبو عَلِيٍّ في «الشَّرحِ» فقال: أولاً: ما ذكره ابنُ الْحَدَّادِ

---

(١) أخرجه الشافعي [١٦٠٦] رواه البيهقي [٧/ ١٨٤] أنا بعض أصحابنا عن أبي الزناد عن عبد المجيد ابن سهيل عن عوف بن الحارث، عن نوفل بن معاوية قال: أسلمت فذكره، وفي آخره قال: فعمدت إلى أقدمهن صحبة، عجوز عاقل معي منذ ستين سنة، فطلقتها.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة والبيهقي من طريقه، وروى الشافعي عن عمر قال: ينكح العبد امرأتين ورواه عن علي وعبد الرحمن بن عوف، قال الشافعي: ولا يعرف لهم من الصحابة مخالف وأخرجه ابن أبي شيبة عن عطاء والشعبي والحسن وغيرهم.

غَلَطٌ عند عَامَّةِ الأَصْحَابِ، بل يصح مع نكاح الواحدة نكاحُ الاثنتين أو الثلاث؛ لأنه إن سَبَقَ نِكَاحُ الاثنتين على الثلاث، يصحُّ سواءٌ كان قبل الواحدة أو بعدها، وإنْ سَبَقَ نِكَاح الثَّلاَثِ على الاثنتين، فكذلك، لكن لا يعرف أنَّ الصَّحِيْحَ هذا أم ذاك فيوقف الأمر، ويسأل الزوج، فإنِ ادَّعى سبق نكاح الاثنتين وصدقناه، يثبت نكاحهما مع الواحدة، وَإنِ ادَّعى سبق نكاح الثلاث، وصدقناه، فكذلك، وإن قَالَ الزَّوْجُ: لا أَدْرِي أو لم يبيِّن، فلهن طلب الفسخ، وإنَ رضيْنَ بالضرر ينفسخ، وعلى الزوج نفقةُ جميعهن في مدة التوقُّف، فإنْ مَاتَ قبل البيان، اعتدت من لم يدخل بها عدَّةَ الوفاة، ومن دخل بها أقصَى الأجلَيْنِ من عِدَّةِ الْوَفَاةِ أو الأقراء، ويدفع إلى المفردة رُبُعَ ميراث النِّسْوَةِ من الربع أو الثمن، لأنَّ غاية الممكن صحة نكاح الثلاث معها، ثم يجوز أن يكون الصحيحُ مع نكاحها نكاحَ [فلا يستحق إلاَّ الربع الذي أخذت ويحتمل أن يكون لصحيح نكاح الثلاث][1] ويحتمل صحة نكاح الاثنين فيستحق الثُّلُث من نصيب النِّسْوَةِ، فيتوقف ما بين الثلث إلى الرُّبع، وهو نصف السدس من الواحدة، والثلث لا حق للاثنتين فيه، ويوقف الثلثان مَن نَصِيبِ النِّسْوَةِ بين الاثنتين، والثلاثُ لا حقَّ للواحدة فيه، فبان الصلْحَ قبل البيان، فالصلح في نصف السدس بين الواحدة، والثلاثُ لا حَاجَةَ إلى رضا الاثنتين، وفي الثلثين بين الاثنتين والثلاث لا حَاجَةَ إلى رضا الْوَاحِدَةِ فيه.

وأمَّا المهر، فللواحدة المفردة المسمَّىٰ، والبواقي، إن دخل بهن جميعاً قابلنا المسمَّى لأحد الفرقتين ومهر المثل للأخرَىٰ بالمسمى للفرقة الأخرَىٰ، ومهر المثل للأولىٰ، وأخذنا أكثر القدرين من التَّرِكَةِ، وَدَفَعْنَا إِلَىٰ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ الأَقَلَّ مِنَ الْمُسَمَّى وَمَهْرُ الْمِثْلِ، ووقفنا الباقي.

مثاله سمى لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِائَةً، ومهر مثل كلِّ واحدةٍ خمسون، فالمسمى للثلاث، ومَهْرُ المثل للاثنتين أربعمائة، وهي أكثر من المسمى للاثنتين ومهر مثل الثلاث، فتأخذ أرْبَعمائة، وَنَدْفَعُ إِلَىٰ كُلِّ وَاحِدَةٍ خَمْسِينَ مِنْها، ونوقف الباقي وهو مِائَةٌ وخمسون منها مِائَةٌ بين الخمس، وخمسين بين الثلاث والورثة، فإن بَانَ صحَّة نكاح الاثنتين، فالمائة لهما والخمسون للورثة، وإن بَانَ صِحَّةُ نكاح الثلاث، فلهن المائة والخمسون، وإن لَمْ يَدْخُلْ بواحدة منهن، فنأخذ من التَّرِكَةِ أكثر المسمَّيَيْن، ولا يدفع في الحال شَيْئاً إِلَىٰ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ، والأكثر في المثال المذكور ما سُمِّيَ للثلاث، فنأخذ، ونقف منه مائتين بين الثلاث والاثنين، ومائة بين الثلاث وللورثة، وإن دَخَلَ بإحدى الفرقتين، أخذنا الأَكْثَر من مسمَّى المدخول بهن وحْدَه، ومن مهر مثْلِهِن مع مسمَّى اللواتي لم يدخل

---

(١) سقط في ز.

بهن، ويدفع إلى اللَّوَاتي دَخَلَ بِهِنَّ الأقلَّ من المسمى ومَهْرَ المثل، ففي المثال المذكور، وإن دخل بالاثنتين، فمهر مثلهن مع مسمَّى الثلاث أربعمائة، وذلك أكثر من مسمَّى الاثنتين، فنأخذ أربعمائة، ويدفع منها إلى كُلِّ واحدةٍ من الاثنتين خمسين، ويقف مائة بينهما وبين الثلاث، ومائتين بين الثلاث وبين الورثة، وَإن بَانَ صَحَّةُ نِكَاحِ الاثنتين، دفعنا إليهما المَائَةَ، والباقي للورثة، وإن بَانَ صَحَّةُ نِكَاحِ الثَّلاَثِ، دفعناها مع المائتين إليهن، وإن دَخَلَ بالثلاث، فمهر مثلهن مع المسمى للاثنتين ثلثمائة وخمسون، وذلك أكثر من المسمى للثلاث، فيأخذ ثلثمائة وخمسين، فيدفع إلى كُلِّ وَاحِدَةٍ من الثَّلاَثِ خمسين، ويقف الباقي، وهو مائتان، منها مِائَةٌ وخمسون بين الاثنتين والثلاث، والباقي بين الاثنتين والورثة، إن بَانَ صحة نكاح الثلاث، دَفَعْنا إليهن مِائَة وخمسين، والباقي للورثة، وإن بَانَ صَحَّةُ نكاح الاثنين، دَفَعْنَا إِلَيْهِنَّ المائتين.

قَالَ الشَّيخُ: فَإِنْ كَانَتِ الْمَسْأَلَةُ بحالها، ونكح أربعاً أُخَرَ في عقد رَابع ولم يعرف الترتيب، فلا يحكم بثبوت نكاح الواحدة، لجواز وُقُوعِهِ بَعْدَ الأَرْبَعِ، وإن مَاتَ قَبْلَ البيان، وقفنا الربع والثمن، ولم ندفع شيئاً منه إلى واحدة منهن، وأما المهر، فَإِنْ دَخَلَ بِهِنَّ جَمِيْعاً، أَخَذْنَا لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ الأَكْثَرَ مِنْ مُسَمَّاهَا وَمَهْرَ مِثْلِهَا، وَدَفَعْنَا إِلَيْهَا الأَقَلَّ مِنْهُمَا، وَوَقَفْنَا الْبَاقِيَ بينهما وبين الورثة، فَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِوَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ، فيحتمل أن يكون الصحيحُ نكاحَ الأَرْبَعَ، ويحتمل أن يكون الصحيحُ نكاحَ الواحدة مع الثلاث، أو مع الاثنتين، [فَيُنْظَر إلى مهر الأربع وحده وإلى مهر الواحدة مع الثلاث، ثم مع الاثنتين][1] فيؤخذ أكثر المقاديرِ الثلاثة، ويوقف، وإن دخل ببعضهن دون بعض، فيؤخَذُ لمن دَخَلَ بها أكْثر مهريها، ويدفع إليها أقلّهما، ويوقف الباقي بينهما وبين الورثة، ولمن لَمْ يدخلْ بها مهرها المسمَّىٰ، ويوقَف بينهما وبين الورثة، هذا مُخْتَصَرُ كَلاَمِ الشَّيْخُ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى ـ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَالمُطَلَّقَةُ ثَلاَثاً لاَ تَحِلُّ حَتَّى يَطَأَهَا زَوْجٌ آخَرُ فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ، وَلاَ يَكْفِي وَطْءُ الشُّبْهَةِ، وَيَكْفِي إِيلاجُ الحَشَفَةِ أَوْ مِقْدَارُهَا مِنْ مَقْطُوعِ الحَشَفَةِ، وَيَكْفِي وَطْءُ الصَّبِيِّ وَالعِنِّينِ، وَلاَ يُشْتَرَطُ انْتِشَارُ الآلَةِ، وَلَوْ زَوَّجَهَا الزَّوْجُ مِنْ عَبْدِهِ الصَّغِيرِ فَاسْتَدْخَلَتْ آلَتَهُ ثُمَّ بَاعَ مِنْهَا لِيَنْفَسِخَ النِّكَاحُ جَازَ فِي قَوْلِ جَوَازُ إِجْبَارِ العَبْدِ عَلَى النِّكَاحِ وَحَصَلَ بِهِ دَفْعُ الغِيْرَةِ، وَلَوْ نُكِحَتْ بِشَرْطِ الطَّلاَقِ فَسَدَ العَقْدُ فِي وَجْهٍ وَلَمْ يَحْصُلِ التَّحْلِيلُ (و)، وَهَلْ يَفْسُدُ النِّكَاحُ بِشَرْطِ عَدَمِ الوَطْءِ؟ فِيهِ خِلاَفٌ، وَيَفْسُدُ إِذَا تَزَوَّجَ بِشَرْطِ أَلاَّ يَحِلَّ، وَلَيْسَ**

(١) سقط في ز.

الشَّرْطُ السَّابِقُ عَلَى العَقْدِ كَالمُقَارِنِ فِي الإِفْسَادِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: النوعُ الثالث: استيفاءُ عدد الطلاق، فإذا طَلَّقَ الْحُرُّ زوجته ثلاثاً في نِكَاحٍ وَاحِدٍ، أو أكثر دَفْعَةً وَاحِدَةً، أو أكثر قبل الدخول، أو بعده لم يحل له نكاحها، حتى تَنْكِحَ زوجاً غيره، ويدخل بها، ويفارقها وتنقضي عِدَّتُهَا[1] منه، قَالَ اللَّهُ تَعَالَىٰ جَدُّهُ: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠] والمُرَادُ الطَّلقة الثالثة.

وقالت عَائِشَةُ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ـ «جَاءَت آمْرَأَةُ رِفَاعَةَ القُرَظِيِّ إِلَى رَسُول اللَّهِ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ فَقَالَتْ إِنِّي كُنْتُ عِنْدَ رِفَاعَةَ القُرظِيِّ، فَطَلَّقَنِي، فَبَتَّ طَلاَقِي، فَتَزَوَّجْتُ بَعْدَهُ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ الزُّبَيْرَ ـ رَضِي الله عنهما ـ وإنما مَعَهُ مِثْلُ هَدْبَةِ الثَّوْبِ، فَتَبَسَّمَ رَسُولُ اللَّهِ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ وَقَالَ: «تُرِيْدِيْنَ أَنْ تَرْجِعِي إِلَىٰ رِفَاعَةَ، لاَ، حَتَّى تَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ وَيَذُوقَ عُسَيْلَتَكِ»[2].

والعبدُ، إذا طلَّق زوجته طلقتين، كالحرِّ، إذا طلق ثلاثاً؛ لأنه استوفَىٰ ما يملكه من الطَّلاَقِ، ولو عرضت الحريةُ بعد ذلك، لم تؤثر، هذه قاعدةٌ.

الفصل: وَفِيهِ مَسَائِلُ مذكورةٌ في الكتاب وغير مذكورة.

المسألة الأولى: يشترط أن تكون الإصابةُ في نِكَاحٍ صَحِيحٍ، فَالوطْءُ بملك اليمين لا يحلل، وفي الوطء بالنكاح الفاسد قولان.

أصحُّهما: وبه قَالَ أَبو حَنِيْفَةَ وَمَالِكٌ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُمَا ـ وهو المذكور في الكتاب: أنه لا يحلِّل أيضاً؛ لأن إطلاق اسم النكاح ينصرف إلى الصَّحِيحِ.

والثاني: ويُحْكَىٰ عن القديم: أنه يحلل؛ لأنه حُكْمٌ من أحكام الوطء يتعلَّق بالوطء في النكاح الصحيح، فيتعلَّق الوطء في النِّكاح الفاسد؛ كَالْمَهْرِ والعدة، وقرب

---

(١) قال الشيخ البلقيني: الذمي إذا نكح امرأة ثم طلقها طلقة واحدة ثم نقض واسترق فأراد أن ينكحها بإذن سيده ملك تطليقها طلقة واحدة ولو كان طلقها طلقتين ثم التحق بدار الحرب واسترق وأراد أن ينكحها. قال ابن الحداد: له ذلك ويملك عليها طلقة واحدة، ومن الأصحاب من منعه من ذلك.
قال الإمام في النهاية بعد أن حكى ذلك كله في فرع من الفروع التي في أواخر الطلاق والصحيح الأول. قال: وما يليق بهذه المسألة أن العبد إذا طلق امرأته طلقة واحدة ثم عتق فيملك عليها طلقتين في الحرية، ولو طلق طلقتين ثم عتق فالذي ذكره الأصحاب جميعهم أنه لا يحل له حتى تنكح زوجاً غيره. قال الشيخ: رأيت لبعض أصحابنا وجهاً غريباً أن له ذلك. انتهى كلام الإمام.

(٢) أخرجه البخاري [٢٦٣٩ ـ ٥٢٦٠ ـ ٥٢٦١ ـ ٥٢٦٥ ـ ٥٣١٧ ـ ٥٧٩٢ ـ ٥٨٢٥ ـ ٦٠٨٤، مسلم (١٤٣٣)] ومسلم، وفي رواية للبخاري قالت عائشة: فصار ذلك سنة بعده، ولأحمد من حديث عائشة مرفوعاً: العسيلة هي الجماع: وبهذا قال أكثر أهل العلم، وعن الحسن البصري هي الإنزال.

هذا الخلاف من الخلاف في أنَّ السَّيِّدَ إذا أذِنَ لعبده في النكاح، فنكح نكاحاً فاسداً، ووطىء فيه، هل يتعلق المهر بكسبه؟.

وحكَىٰ أبو الْفَرَج الزاز طريقةً قاطعةً بالقول الأول، والوطء بالشُّبْهَةِ من غير نِكَاح بأن ظنَّها ظانٌّ أنها زوجَته، فوطئها لا تحلِّل؛ لأن اللَّهِ تَعَالَى قَالَ: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠] ولم يوجدْ نكاحٌ صحيح [ولا فاسد، وطرد لشيخ أبو حاتم القزوينيُّ وآخرون القوْلَ فيه][1] وربما بني ذلك على أنا، إذا أثبتنا الحلَّ بالوطء في النِّكَاحِ الفاسد، لم نثبته، وفيه معنيان:

أحدهما: شمولُ اسْم النكاح.

والثاني: مشاركة الوطء في النكاح الفاسد للوطء في النكاح الصحيح في الأحكام، فعلى الأول الوطءُ بالشبهة لا يحلل، وعلى الثَّانِي يحلل.

المسألة الثانية: الْمُعْتَبَرُ فِي التَّحْلِيلِ تِغْيِيبِ الْحَشَفَةِ وبه تناط أحكام الوطء كُلُّها وقال في «الْمُهَذِّبِ» إن كانت بِكراً، فأقلُّ الإصابة الافتضاض بآلته، ومقدارُ الحشَفَةِ من مقطوع الحشفة بمثابة الحَشَفةِ.

قَال ألإمَامُ: وعلى هذا، فالمعتبرُ الحشَفَةُ الَّتي كانتْ لهذا العضْو المخصوص، وحكَىٰ عن رواية العراقيين وجهاً أن جميع الباقي من مقطوع الحشفة بمثابة الحشفة][2] فلا بدّ من الإيقال، وإذا كان الباقي أقلَّ من قدر الحشفة، لم يحصل به التحليل، كالسليم إذا غيب بعض الحشفة، ولا فرق بين أن يكون الزوجُ قويَّ الانتشار، أو ضعيفه، فاستعان بإصبعه أو بإِصْبَعِها، أَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ انْتِشَارُ أَصلاً، إمّا لِعُنَّةٍ أو لشَلَلٍ في الذَّكَر، فَعَنِ الشَّيخِ أَبِي مُحَمَّدٍ وغيره؛ الاكتفاء به، لحصول صورة الوطء وأحكامه، وهذا ما أورده في الكتاب، والمشهور في كتب الأَصْحَابِ الْمَنْعُ، لعدم ذوق العسَيْلَة، وٱسْتِدْخَالُ الذَّكَرِ يفيد الحلَّ سواء كان الرجلُ نائماً أو منتبهاً، واستدخال الماء لا يفيد الحل[3].

المسألة الثالثة: لا فرق بين أن يكون الزوجُ الثانِي عاقلاً أو مجنوناً حُرّاً أو عبداً خصيّاً، أو فَحْلاً مسلماً أو ذِمّيّاً، إذا كانت المطلّقة ذمية سواءٌ كان المطلّق مسلماً أو ذمياً والمعتبر أن يكون وطء الذمي في وقت، لو ترافعوا إِلَيْنا لقَرَّرْناهم على ذلك النكاح[4]، والمراهقُ والصبيُّ الذي يَتَأَتَّى منه الجماع، كالبالغ خلافاً لمالك ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ وفي

---

(١) سقط في ز.
(٢) سقط في ز.
(٣) قال النووي: ولو لف على ذكره خرقة وأولج، حلل على الصحيح.
(٤) قال النووي: لا يشترط في تحليل الذمية للمسلم وطء ذمي، بل المجوسي والوثني يحللانها أيضاً للمسلم، كما يحصنانها، صرح به إبراهيم المروذي.

«التتمة» أن للشَّافِعِيِّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ قولاً مثلَهُ، وأما الطفل الذي لا يتأتّى منه الجماع، ففي الاكتفاء بتغييبه وجهان:

المذكور في الكتاب الاكتفاء، يحكى عن اختيار[١] القَفَّالِ؛ والأصح المنع، وهما كالوجهين في اشتراط الانتشار، أو هما هما.

وحكى الإمام عن اتفاق الأئمة على الاكتفاء بوطء الصبي، كما إن وطيء الصبية المطلقة في الصغر يكتفي[٢] به، ولكن الشَّيْخَ أَبَا الْفَرَجِ حَكَى الوجهين في الصَّبِيَّة الَّتِي لا تُشْتَهَىٰ أيضاً.

ويتعلّق بهذا الأصل ما قال الأئمة: إنَّ أَسْلَمَ طريقٍ في البابِ وأَدْفَعَهُ للعارِ والغيرة أن تُزَوَّج من عبد مراهق، أو طفلٍ للزوج، أو غيره، وتستدخل حشفته، ثم تتملكه ببيع أو هبة، فينفسخ النِّكَاحُ، ويحصل التحليل، إذا اكتفينا بوطء الصغير، ويتعلّق بأصل آخر، وهو إجبار العبد على النكاح، فإن لم نجوّز للسيد أن يزوِّج من العبد الصغير، امتنع ذلك وإنما كان أسلم الطرق؛ لأنه لا يوثَقُ بطلاقِ الزوج؛ ولأن البالغ قد يُحْبِلُها، فيطول الانتظار، وأما أنه أدفعُ للعار والغيرة، فظاهر.

المسألة الرابعة: وطء الزوج الثاني في إحرامه أو إحرامها أو حيضها أو في نهار رمضان، أو على ظن أنه يطأ أجنبيةً يفيد الحلّ؛ لأنه أصابه زوج في نكاح صحيح، وكذا لو وطئها بَعْدَ مَا حُرِّمَتْ عليه بالظِّهَارِ والعود، وكذا لو وطئها، وهي في العدة عن وطء شبهة، وقع بعد نكاحه إياها في أصحِّ الوجهين، ووطئه بعد ارتدادها أو ارتداده.

نَصَّ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهِ ـ على أنه لا يفيد الحِلّ، وإن فُرِضَ الرجوعُ إلى الإسلام؛ لاضطراب النِّكاح بخلاف سائر أسباب التحريم، فإنّها لا توجب اختلال النكاح، واعترض المُزَنِيُّ بأنه، إنْ دخل بها قبل الردة، فقد حصل الحل، وإلا، فتبين بنفس الردة، فلا معنى للرجوع، وأجاب الأصحاب بتصوير العدة من غير فرض الدخول، إما بالخلوة على القديم، أو بأن يطأ فيما دُوَنَ الْفَرْجِ، فيسبق الماء إلى الفرج؛ بأن تستدخل ماءه أو بأن يأتيها في غير المأتَي، فتجب العدة بهذه الأسباب، ولا

---

(١) قال النووي: هذا الوجه كالغلط المنابذ لقواعد الباب. ونقل الإمام اتفاق الأصحاب أنه لا يحلل.

(٢) قال الشيخ البلقيني: صورته أن يكون مطلق الثلاث لم يدخل بها وإلا فمتى دخل بها يمتنع تزويجها في حال الصغر إلا إذا كانت مجنونة أو أَمة.

وقال: الصغيرة التي لا يجامع مثلها نص الشافعي في الأم ظاهر في أنه لا يحصل التحليل بإصابتها. ولفظه وكل زوجة حرة ومملوكة وذمية بالغ أو غير بالغ إذا كان يجامع مثلها.

يحصل[١] الحِلُّ.

المسألة الخامسة: إذا نكحها الزوج الثاني بشرط أنه إذا وطئها بَانَتْ منه، أو نكحها إلى أن يطأها أو على ألاَّ نكاح بينهما إذا وطئها، فهذا النِّكَاحُ بَاطِلٌ؛ لأنه ضرب من نكاح المتعة، وقد روي أنه عَلَيْهِ السَّلاَمُ قَالَ: «لَعَنَ اللَّهُ المُحَلِّلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ».

فإن نكحها على شرط أنه، إذا وطئها، طلَّقها، ففيه قولان فيما روى الجمهورُ، وقال صَاحِبُ «الكتاب» وَجْهَانِ:

أصحهما: أنه باطل؛ لأنه شرط يمنع صحة دوام النكاح، فأشبه التأقيت.

والثاني: يصح العقد، وبه قَالَ أَبُو حَنِيْفَةَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ ويفْسُدُ الشرط، كما لو نكحها بشَرْطِ ألاَّ يتزوَّج عليها، أو لا يسافر بها، وعلى هذا يسقط الْمُسَمَّىٰ، ويجب مَهْرُ الْمِثْلِ، وإن لم يجر شرط، ولكن كان في عزمه أن يطلقها، إذا وطئها كره، وصح العقد خِلاَفَاً لمالك وأحمد ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ـ ولو نكحها على ألاّ يطأها إلا مرَّةً، أو على أن لا يطأها نهاراً، فالحكاية عن نَصِّ الشَّافِعِيِّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهِ ـ في مواضعَ: أنه يصح النكاح، ويلغو الشرط، وفي موضع آخر: أنه لا يصح النكاح، وللأصحاب طريقان، نقلهما الشَّيخُ أبو مُحَمَّدٍ في «السِّلْسِلَةِ».

أحدهما: أَنَّ الْمَسْأَلَةَ على قولَيْن، وجْهُ الأولِ القياسُ علَىٰ ما إذا شرط ألاّ يتزوج عليها، ولا يسافر بها، ووجْهُ الثاني إخلاَلُ هَذَا الشَّرْطِ بِمَقْصُودِ الْعَقْدِ.

وأصحُّهما: وبه قال الرَّبِيعُ أَنَّهُمَا محمولانِ علَىٰ حالتين، فَحَيْثُ قال: يَبْطُلُ النكاح، أراد ما إذا شرطَتِ الزوجةِ ألاّ يطأها، وحيث قال: يصح، أراد ما إذا شرط الزوج ألا يطأها، والفرق أن الوطء حَقٌّ له، فله تركه، والتمكين حقٌّ عليها، فليس لها تركُهُ.

ولك أن تقول: إذا شرط أحد المتعاقدين شرطاً، فإن لم يساعده صاحبُه، لم يتمّ العقد، وإن ساعده، فالزوج بالمساعدة تاركٌ لحقه، فهلا كَانَتْ مُسَاعَدَتُهُ كاشتراطه، وَهِيَ بالمُسَاعَدَةِ مَانِعةٌ حَقَّهُ فَهَلاَّ كانت مساعدتها كاشتراطها لحقها، ولو تزوّج امرأةً عَلَىٰ ألاّ تحل له، ففي «النهاية» أنه يجب أن يلتحق ذلك بالخلاف في شرط الامتناع عن

---

(١) قال النووي: هذا الذي ذكره عن النص أنها لا تحل بالوطء في الردة، هو الصواب، وبه قطع جماهير الأصحاب. وقال صاحب «التلخيص»: إن اجتمعا في الإسلام قبل انقضاء العدة، حلت للأول، وتابعه عليه القفال، وليس بشيء. ولو طلقها رجعياً، باستدخال الماء قبل الدخول، ثم وطئها في العدة لم تحل للأول وإن راجعها في العدة، نص عليه الشافعي والأصحاب، وقال إبراهيم المروذي: إذا قلنا: تحل بوطء الشبهة، فهنا أولى، وإلا، فلا تحل.

الوطء، وقال في«الْوَسِيطِ» ينبغي أن يفسد؛ لما فيه من التناقض[١]، وجميع ما ذكرناه فيما إذا جرتْ هذه الشروطُ في نفس العقد، فأما إذا تواطآ علَىٰ شيءٍ منها قبل العقد، وعقدا على ذلك القصد، فهل هو كالمقرون بالعقد؟.

فيه وجهان؛ أخذاً من مسألة مَهرِ السِّرِّ والعلانية، والأصحُّ المنعُ، وَعَنْ مَالِكٍ ـ رضي الله عنه ـ أنه كالمَشْرُوط في العَقْد.

المسألة السادسة: إذا قالَتِ المطلَّقةُ ثلاثاً: نَكَحْتُ زوجاً آخر، ووطِئَني وفارقني، وانقضت عِدَّتِي منه، فيقبل قولها عند الاحتمال، وإن أنكر الزوْجُ الثاني[٢]، وصُدِّق في أنه لا يلزمه إلا نصف المهْرِ، وذلك؛ لأنها مؤتمنة في انقضاء العدة، والوطء مما يُتعذَّر إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عليه، ثُمَّ إن غلب على ظَنِّهِ صِدْقُها، فله نكاحها من غير كراهة، وإنْ لم يَغْلِب، فالأَوَلَىٰ ألا ينكحها، وإنْ قال: هي كَاذِبَة، لم يكن له نكاحُهَا، فإن قالَ بعد ذلك: تبيَّنْتُ صِدْقَها، فله نكاحها[٣] لأنه ربما انْكَشَفَ له خلافُ ما ظنه.

المسألة السابعة: طلق زوجته الأمة ثلاثاً ثم ملكها، لم يحل له وطؤها بملك اليمين إلا بعد زوج، وإصابة لظاهر[٤]الآية، وفيه وجه؛ أنها تحل؛ لأن الطَّلَقَاتِ الثَّلاَثَ لا تمنع المِلْك، فلا تمنع الوطء بالملك بخلاف النكاح، واللهِ أَعْلَمُ.

ثُمَّ لا بَأْسَ بالتَّنْصِيصِ على المواضع المستحقة للعلامات على ما هو رسْمُ الكتاب، فقوله: «ولا يكفي نكاح الشبهة» معلم بالواو، والمرادُ منه النكاح الفاسد.

---

(١) قال النووي: قول الغزالي أصح والله أعلم.

(٢) مراد الشيخ بقوله «وإن أنكر الزوج الثاني» الإصابة لا الطلاق بدليل قوله «وصدق» في أنه لا يلزمه إلا نصف المهر وصورة المسألة أنها أقرت لزوج معين وأنكر الإصابة، وكذا لو أقرت بنكاح رجل غير معين أما لو أقرت بنكاح رجل معين وادعت أنه طلقها أو مات عنها فلا بدّ من بينة كما ذكره المصنف قبيل دعوى النسب عن فتاوى البغوي.

(٣) قال النووي في زوائده: قد جزم الفوراني بأنه إذا غلب على ظنه كذبها، لم تحل له. وتابعه الغزالي على هذا، وهو غلط عند الأصحاب، وقد نقل الإمام اتفاق الأصحاب على أنها تحل وإن غلب على ظنه كذبها إذا كان الصدق ممكناً. قال: وهذا الذي قاله الفوراني غلط، وهو من عثرات الكتاب، ولعل الرافعي لم يحك هذا الوجه، لشدة ضعفه، ولقول الإمام: إنه غلط. قال إبراهيم المروذي: ولو كذبها الزوج والولي والشهود، لم تحل على الأصح. والله أعلم.

قال الشيخ البلقيني: الأصح عندنا الحل خلافاً للمصنف وشاهد ما صححناه نص الشافعي وتفريعهم على الجديد في إقرارها وجزم بما صححناه أبو الفرج الزاز في تهذيب البغوي في صورة تكذيب الزوج والشهود الحل من غير ذكر خلاف.

(٤) قال النووي: قال العلماء: الحكمة في اشتراط التحليل، التنفير من الطلاق الثلاث.

وقوله: «أو مقدارها» معلم بالواو. وكذا قوله «ويكفي وطء الصبي والعنين».

وكذا قوله «ولا يشترط انتشار الآلة»، والظاهر خلاف ما في الكتاب على ما مَرَّ، وقوله «ولو زوجها الزوْجُ» أي: تسبب في التزويج، وحمل أولياءها عليه.

وقوله: «فسد العقد» مُعْلَمٌ بالحاء. وقوله: «في وجه» بالواو؛ لأن أبا الفَرَجِ السَّرْخَسِي حَكَىٰ عَنْ بَعْضِ ٱلأَصْحَابِ ٱلْقَطْعَ بِالْفَسَادَ.

وقوله «ولم يحصل التحليل» جواب على الأصح، وهو أن الوطء في النكاح الفاسد لا يفيد الحِلِّ. وقوله «فيه خلاف» مُعْلَمٌ بالواو إحدى الطريقتين المذكورتين من قبل، وكذا قوله «يفسد إذا تزوج». وقوله «وليس الشرْطُ السابق علَى العقد كالمقارن في الإِفْسَادِ» معلم بالواو والميم.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الْجِنسُ الثَّالِثُ) مِنَ المَوَانِعِ المِلْكُ وَالرِّقُّ فَلاَ يَجُوزُ لِلرَّجُلِ أَنْ يَنْكِحَ أَمَتَهُ وَلَوْ مَلَكَ مَنْكُوحَتَهِ ٱنْفَسَخَ النِّكَاحُ، وَلاَ لِلْحُرَّةِ أَنْ تَنْكِحَ عَبْدَهَا، وَلَوْ تَمَلَّكَتْ زَوْجَهَا ٱنْفَسَخَ النِّكَاحُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْجِنْسُ الثَّالِثُ من الموانع رِقُّ المرأة، وهِيَ إما أن تكون له، وهو الذي أراد بِإِطْلاَقِ «المِلْك» أو لغيره، وَهُوَ الَّذِي أَرَادَ «بالرِّقِّ».

أَمَّا الْقِسْمُ ٱلأَوَّلُ: فَلَيْسَ للرَّجُلِ أن ينكح أَمَتَهُ؛ ولا الَّتِي يَمْلِكُ بعضها، ولو ملَكَ زوجته أو بعْضَها، انفسخ النكاح، واحتجوا له بأنَّ مِلْكَ اليمين أَقْوَى النِّكَاحِ؛ لأنه يملك به الرقبة والمنفعة، والنِّكَاحُ لا يملك به إلاَّ ضرباً من المنفعة، فيسقط الأضعفُ بِٱلأَقْوَى، وَهَذَا القدر من التوجيه يُشْكِل بما إِذَا بَاعَ المستأجِرُ من المستأجر، فإنه لا تنفسخ ٱلإِجَارَةُ عَلَى ٱلأَصَحِّ مع وجود هذا المعنى، لكن ذَكَرْنَا في الإِجَارَةِ ما فرَّقوا به بين البابَيْن، ولا يجوز لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَنْكِحَ عَبْدَهَا، وَلَوْ مَلَكَتْ زَوْجَهَا انْفَسَخَ النِّكَاحُ، وَٱحْتَجَّ لَهُ بِأَنَّ أَحْكَامَ النِّكَاحِ. والمِلْك تَتَنَاقَضُ؛ لأَنَّهَا تُطَالِبُهُ بِالسَّفَرِ إِلَى الشَّرْقِ؛ لأنه عَبْدُهَا، وَهُوَ يُطَالِبُهَا بالسَّفَرِ مَعَهُ إِلَى الغَرْبِ؛ لأنها زوجته، وَإِذَا دَعَاهَا إِلَى فِرَاشِهِ بِحَقِّ النِّكَاحِ بعثته في بعض أشْغَالها بحقِّ الملك، وإذا تعذر الْجَمْعُ بينهما بَطَلَ ٱلأَضْعَفُ، وَثَبَتَ ٱلأَقْوَىٰ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَلاَ يَنْكِحُ الحُرُّ المُسْلِمُ مَمْلُوكَةَ الغَيْرِ إِلاَّ بِأَرْبَعِ شَرَائِطَ وفَقْدِ الْحُرَّةِ تَحْتَهُ، وَفَقْدُ طَوْلِ الحُرَّةِ (ح)، وَخَوْفُ العَنَتِ(ح)، وَكَوْنُ الأَمَةِ مُسْلِمَةً (ح)، فَلَوْ كَانَ تَحْتَهُ رَتْقَاءُ أَوْ هَرِمَةٌ أَوْ حُرَّةٌ كِتَابِيَّةٌ أَوْ غَائِبَةٌ لَمْ يَنْكِحِ الأَمَةَ مَا لَمْ يُطَلِّقْهَا، وَلَوْ قَدَرَ عَلَى نِكَاحِ حُرَّةٍ رَتْقَاءَ أَوْ غَائِبَةٍ غَيْبَةً بَعِيدَةً نَكَحَ الأَمَةَ، وَكَذٰلِكَ لَوْ قَدَرَ عَلَى حُرَّةٍ كِتَابِيَّةٍ فِي

وَجْهٍ، فَلَوْ وَجَدَ حُرَّةً فَغَالَتْهُ فِي المَهْرِ بِمِقْدَارٍ يُعَدُّ قَبُولُهُ إِسْرَافاً نَكَحَ الأَمَةَ (و)، وَلِلْمُفْلِسِ نِكَاحُ الأَمَةِ، وَلَوْ وَجَدَ حُرَّةً تَرْضَى بِمَهْرٍ مُؤَجَّلٍ فَإِنْ قَنِعَتْ بِدُونِ مَهْرِ المِثْلِ لَمْ يَنْكِحِ الأَمَةَ عَلَى الأَصَحِّ إِذ المِنَّةُ فِيهِ هَيِّنَةٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: القسم الثاني: مَمْلُوكَةُ الْغَيْرِ، إِنَّمَا يَنْكِحُهَا الْحُرُّ بِشُرُوطٍ:

أَحَدُهَا: ألاَّ تكون تحته حُرَّةٌ فإن كَانَتْ تَحْتَهُ حُرَّةٌ نَظِرَ؛ إِنْ تَيَسَّرَ الاسْتِمْتَاع بِهَا، لَمْ يَصِحَّ نِكَاحُ الأَمَةِ مُسْلِمَةً كَانَتْ الْحُرَّةُ أو كِتَابِيَّةً؛ لِمَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ «نَهَىٰ أَنْ تُنْكَحَ الأَمَةُ عَلَى الْحُرَّةِ» ويروى ذلك عَنْ عَلِيٍّ وَجَابِرٍ مَوْقُوفاً ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ـ[1].

وَحَكَى الْقَاضِي ابْنُ كَجٍّ وَجْهَيْنِ فِي وُجُودِ الْحُرَّةِ الكتابية، هَلْ يُمْنَعُ نِكَاحُ الأَمَةِ؟.

وهما كالوجهين الآتيين في أَنَّ الْقُدْرَةَ عَلَىٰ نِكَاحِ الْكِتَابِيَّةِ الْحُرَّةِ، هل يمنع نِكَاحَ الأَمَةِ؟ وإن لم يتيسَّر الاستمتاع بها، كما إذا كانت صغيرةً أو هرمة أو غائبةً أو مَجْنُونَةً أو مجذومة، أو بَرْصَاءَ، أَوْ رَتْقَاءَ، أو مُضْنَاةً لا تتحمَّلُ الجماع فوجهان:

أَحَدُهُمَا: أنه يصح نِكَاحُ الأَمَةِ؛ لأَنَّهُ لا غناء في الحُرَّةِ الَّتِي تَحْتَهُ، ولا استغناء بها، وَهَذَا أَصَحّ عند صاحب «الْمُهَذَّبِ» وبه أجاب ابنُ الصَّبَّاغِ وطائفة من العراقيين، واخْتَارَهُ الْقَاضِي حسين.

والثاني: المنع؛ لظاهر النَّهْيِ؛ ولأن نكاح الصَّغيرة والغائبة كنكاح البالغة والحاضرة في منع نكاح الأخت، فكذلك في مَنْعِ نِكَاحِ الأَمَةِ، وهذا هو المذكور في «الْكِتَابِ» وفي «النِّهَايَةِ» «والتَّهْذِيبِ» وعلى هٰذا، فَلاَ يَصِحُّ نِكَاحُ الأَمَةِ، حَتَّى تُطَلَّقَ الْحُرَّةُ طَلاَقاً بَائِناً أو رَجْعِيّاً، وَتَبِينَ مِنْهُ.

الثاني: ألاَّ يقدر على نِكَاحِ حُرَّةٍ، إما لأنه لا يوجد صداقها أو أنه لا يجد حُرَّةً ينكحها، فإن قدر لم يحلّ له نكاح الإماء، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: **﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً**

---

(١) أخرجه سعيد بن منصور في السنن عن ابن علية عمن سمع الحسن بهذا مرسلاً، ورواه البيهقي [٧/ ١٧٥] والطبري في تفسيره بسند متصل إلى الحسن واستغربه، من حديث عامر الأحول عنه، وإنما المعروف رواية عمرو بن عبيد عن الحسن، وهو المبهم في رواية سعيد بن منصور، قوله: ويروى عن علي وجابر موقوفاً مثله، أما علي: فرواه ابن أبي شيبة والبيهقي عن علي: أن الأمة لا ينبغي لها أن تزوج على الحرة، الحديث موقوف وسنده حسن. وفي لفظ: لا تنكح الأمة على الحرة، وأما جابر فرواه عبد الرزاق من طريق أبي الزبير أنه سمع جابراً يقول: لا تنكح الأمة على الحرة، وتنكح الحرة على الأمة، وللبيهقي نحوه وزاد: ومن وجد صداق حرة فلا ينكحن أمة أبداً، وإسناده صحيح، وهو عند عبد الرزاق أيضاً مفرداً قاله الحافظ.

أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمؤمِنَاتِ﴾ [النساء: ٤] الآية والطَّوْلُ: السَّعَةُ وَالْفَضْلُ عَنِ ابنِ عَبَّاسٍ ـ رَضي اللَّهُ عَنْهُمَا ـ وَلَمْ يَعْتَبِرْ هَذَا الشَّرْطُ أَبُو حَنِيْفَةَ وَفِيهِ مَسَائِلُ.

المسألة الأولى: الْقَادِرُ عَلَىٰ نِكَاحِ حُرَّةٍ رَتْقَاءَ أَوْ قَرْنَاءَ هَلْ لَهُ نِكَاحُ الأَمَةِ.

فِيْهِ وَجْهَانِ يوجه إحدهما بِحُصُولِ بَعْضِ الاسْتِمْتَاعَاتِ.

والثَّانِي: بِأَنَّ مَا هُوَ الأَصْلُ لاَ يَحْصُلُ، وفي «التَّتِمَّة» أَنَّ هذا الخلاف مبنيٌّ على الخلاف فِيْمَا إذا كانت رَتْقَاءَ أَوْ قُرْنَاءَ، إن قلنا إن وجودها يمنع نكاح الأمة، فكذا الْقُدْرَةُ عَلَيْهَا، كَمَا أَنَّ الْقُدْرَةَ على استعمال الْمَاءِ يمنع التَّيَمُّمَ، فإن قُلْنَا: إنَّ وجودَهَا لا يمنع القدرة عليها أولَىٰ ألاَّ يُمْنَعَ، لكنَّ الجواب في «الْكِتَابِ» «وَالتَّهْذِيبِ» أنه يَجُوزُ نِكَاحُ الأَمَةِ ها هنا مع الجواب بأنَّ وجودَهَا يمنعه، وَيَجْرِي الْخِلاَفُ فيما لو قدر على نكاح مرة وضيعة، وأولَىٰ بَجَوَازِ نِكَاحِ الأَمَةِ لِفَوَاتِ الاسْتِمْتَاعِ بتوابعه، ويجري في المجنونة والمجذومة، وأولى بالمنع لإِمْكَان الاستمتاع، ولو كانت الحرةُ الَّتِي يقْدِرُ على نكاحها معتدَّةً عن الغير.

حَكَى الْقَاضِي الرُّويَانِيُّ عَنْ وَالِدِهِ أَنَّ لَهُ نِكَاحَ الأَمَةِ، وَهُوَ جَوَابٌ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَين والله أَعْلَمُ.

وفرّع المتولِّي على الوجهَيْن في هذه المسائل أن المسْتَجْمِعَ لشرائط نكاح الأَمَةِ هَلْ يَنْكِحُ أَمَةً صَغِيرَةً؟.

إن قلنا: إن وجود الْحُرَّةِ الصغيرة في نكاحِهِ لا يمنع نكاح الأَمَةِ، فلا ينكح الأَمَةَ الصَّغِيرَةَ؛ لأنه لا يأْمَنُ بها من العنت، وإن قُلْنَا: إنهُ يَمْنَعُ نِكَاحَ الأَمَةِ، فله أن ينكحها إلحاقاً لِلصَّغِيرَةِ بِالْكَبِيرَةِ في الجواز كما أُلْحِقَتْ بها في المنع.

قَالَ: والأوَّلُ أظهر.

ولو قدر على نكاح حرَّةٍ غائبةٍ عن بلده، فقد أطلق في «الْكِتَابِ» أن له نكاحَ الأَمَةِ، وفصل أكثر أصحابنا، فقالوا: إن كان يخاف الْعَنَتَ في مدَّةٍ قطع المسافة أو يلحقه مشقة ظاهرةٌ بالخروج إلَيْها، فله نِكَاحُ الأَمَةِ، وإلاَّ، فَلاَ، وضبط الإمام المشقَّة المعتبرة بأن ينسب متحمِّلَها في طلب زوْجَةٍ إلى الإسراف ومجاوزة الحد.

المسألة الثانية: لو قدر على صَدَاقِ حُرَّةٍ كِتَابِيَّةٍ، فَوَجْهَانِ عن حِكَايَةِ أَبِي إِسْحَاقَ أو وتخريجه:

أحدهما: أنه يجوز له نِكَاحُ الأَمَةِ؛ لأن الشَّرْطَ في الآية ألا يستطيع طَوْلَ المؤمنات، وقد يحصل.

وأصحهما: المنع؛ لأنه مستغنٍ بها عن إرقاق وَلَدِه؛ ولهذا لو كان تحته كتابيةٌ،

لم يجز له نِكَاحُ ألأَمَةِ، كما لو كان تحته مسلمة، وذكر المؤمنات في الآية الأخرى جرياً على الأغلب، فإنَّ الغالب أنَّ المسلم، إنَّما يرغب في المؤمنات، وأَيْضاً، فالغالب أنَّ من لا يَقْدِرُ علَىٰ طَوْلِ المؤمنة لا يَقْدِرُ عَلَىٰ طول الْكِتَابِيَّةِ؛ لأن الكتابيَّة لا ترضَىٰ بالمسلم إلاَّ بِمَهْرٍ كَبِيرٍ، وعن أَبِي الطَّيِّبِ الساوي أن أَبا إِسْحَاقَ قطع آخراً بالوَجْه الثاني.

المسألة الثالثة: لو لم تَرْضَ الحُرَّةُ التي يَجِدُها إلا بأكثر من مَهْر مثلها، وهو واجِدٌ لما يغَالِىٰ به، فالمنقول في «التَّهْذِيبِ» أنه لا ينكح الأمة وفي «التَّتِمَّةِ» أنه ينكحها، كما لو بيع الماء بأكثر من ثمنِ المِثْلِ، له العدول إلى التيمم.

وَتَوَسَّطَ ألإِمَامُ وصاحب «الْكِتَابِ» فقالوا: إن كانت المغالاةُ بقدر كبيرٍ يُعَد بَذْلُهُ إِسْرَافاً، فله نِكَاحُ الأَمَةِ، وإلا، فَلاَ، وفَرَّقُوا بين مسألة التَّيَمُّمِ، وبين ما نَحْنُ فيه من وجهين:

أحدهما: أنّ الحاجة إلى الماء تتكرَّر.

والثاني: أن النكاح تتعلَّق به أعراضٌ كليةٌ لا يعدُّ باذلُ المالِ في مثلها مَغْبُوناً[1]، ولو بِيعَتِ الرقبةُ بثمنَ عالٍ، والمكفِّر واجد له، فَهَلْ يَعْدِلُ إِلَى الصَّومِ؟.

اختلف فيه كَلاَمُ صَاحِبِ «التَّهْذِيبِ» قال: ههنا لا يعدل، وَقَالَ في الكفارات يعدل، وذكر ما أورده ههنا ذكر من ينقل وجهاً بعيداً، أو تخريجاً غريباً.

المسألة الرابعة: إذا لم يَجِدِ المهر، لكن هناك حرةٌ ترضى بمهر مؤجَّلٍ، وهو يتوقَّع القدرة عليه عند الحُلُول، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز له نكاحُ ألأَمَةِ، لتمكنه من نكاح حُرَّةٍ.

أَظْهَرُهُمَا: الجواز، وهو المذكور في «الْكِتَابِ» وفي «الشَّامِلِ»؛ لأن ذمَّته تصيرُ مشغولةً في الحال، وقد لا يصدق رجاؤُهُ عند توجُّه الطلب عليه، ويجري الوجْهَان فيما لو بِيعَ منه نسيئه ما يفي بصداقها، أو وجد من يستأجره بأجْرَةٍ معجَّلةٍ وأجراهما مُجْرُونَ فيما إِذَا أقرض مهر حرة، والأَوْلَى ما نقله صاحب «التَّتِمَّةِ» وهو القَطْع بأنه لا يجب القبول؛ لأن القرض لا يلحقه الأجل، وربما يطالب في الحال، ولو رضيت حُرَّةٌ بأن ينكحها بلا مهر، لم[2] يمتنع به نكاح ألأَمَةِ؛ لأنها تطالبه بالفرض.

وفي شرح الشيخ أَبِي عَلِيٍّ وَجْهٌ آخَرُ أنه يمتنع، ولو رَضِيَتْ بدون مهر المثل،

---

(١) قال النووي في زوائد: قطع آخرون بموافقة المتولي، وهو الأصح والله أعلم هذا، وما صححه هنا خالفه في تصحيح الوسيط وجرى على مقالة الإمام والغزالي.

(٢) لأن ذمته مشغولة في الحال وقد لا يصدق رجاؤه عند قومه الطلب عليه والثاني لا للقدرة على نكاح حرة.

وهو يجده فوجهان: **أصحهما**: وبه قطع بَعْضُهم: أنه لا يجوز له نكاح ألأَمَةِ لقدرته على نكاح الحرة، وهذا كما أنّه لا يتيمّم، إذا وَجَدَ الماء بثمن بَخْسٍ.

والثاني: يجوز؛ لِمَا فيه من المِنَّةِ، وَمَنْ قَالَ بالأوّل، قَالَ: الْمَهْرُ مما يُتسامَحُ فيه، ولا يتعلّق به كَبِيرُ مِنَّةٍ، ولو وُهِبَ له مالُ أو جاريةٌ. لم يلزمه القبول[1]، وجاز له نكاحُ الأمة، ولْيُعْلَمْ من لفظ «الكتاب» قوله «فَقْدُ طَوْلِ الْحُرّةِ» بالحاء، وكذا قوله: «وخوفِ العنت» لما سنذكره، وقوله: «لم ينكح الأمة بالواو، وكذا قوله: نكح الأمة بالواو وقوله: وللمفلس نكاح الأمة، وقوله: على الأصح لقطع بعضهم بأنه لا ينكحها».

فَرْعٌ: ذَكَرَ القاضي ابنُ كَجٍّ وجهَيْن في أنه، هَلْ يَجُوزَ لَهُ نِكَاحُ الإِماء مع مِلْكِ المسكن والخادم أم عليه بَيْعُها وصرفُها إِلَى طَوْلِ الْحُرَّةِ[2]؟.

والمال الغائبُ لا يمنع من نكاح ألأَمَةِ، كما لا يمنع ابن السبيل من أخذ الزكاة، والمُعْسِر الذي له ابنٌ مُوسِرٌ يجوز له نِكَاحُ ألأَمَةِ، إِن لم نوجبْ على الابنِ الإِعفاف، وإن أوجبناه، فوجهان؛ لأنه مستغن بِمَالِ الابن[3].

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَأَمَّا خَوفُ الْعَنَتِ فَإِنَّمَا يَتِمُّ لِغَلَبَةِ الشَّهْوَةِ وَضَعْفِ التَّقْوَى، فَإِنْ قَوِيَتِ التَّقْوَى وَأَمِنَ عَلَى نَفْسِهِ لَمْ يَنْكِحْ، وَالقَادِرُ عَلَى سِرِيَّةٍ لاَ يَخَافُ العَنَتَ فَلاَ يَتَرَخَّصُ عَلَى وَجْهٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الشرطُ الثالث خوف الْعَنَتِ[4]، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ

---

(١) فإن قيل صحح النووي في التيمم في المنهاج وجوب شراء الماء بمؤجل بأجل يمتد إلى وصوله بكذا ماله ورضاها بالمؤجل أولى من رضا رب الماء بتأجيل تحته لأن الزوجة تمهر غالباً الحال بخلاف رب الدين.
أجيب بأن في الزوجة كلفة أخرى وهي النفقة والكسوة فإنهما يجبان بمجرد عرضها عليه والفرض أن معسر في الحال بخلاف الماء.

(٢) قال النووي: أصحهما الأول والله أعلم.

(٣) قال النووي: أصحهما المنع وبه قطع جماعة والله أعلم.

(٤) وأصل العنت المشقة، سمي به الزنا لأنه سببها بالحد في الدنيا والعقوبة في الآخرة. والأصل في ذلك قول الله عزّ وجلّ: ﴿ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات﴾ إلى قوله تعالى: ﴿ذلك لمن خشي العنت منكم﴾.
والطول السعة، والمراد بالمحصنات الحرائر.
قال الروياني: وبالعنت عمومه لا خصوصه حتى لو خاف العنت من أمة بعينها لقوة ميله إليها وحبه لها فليس له أن يتزوجها إذا كان واجداً للطول؛ لأن العشق لا معنى لاعتباره هنا؛ لأن هذا تهييج من البطالة وإطالة الفكر.

الْعَنَتَ مِنكُمْ﴾ [النساء: ٢٥] والعنت؛ المشقَّة الشديدة، ويقال: إنَّه الهلاك، والمراد ههنا الزنا سمي به؛ لأنه سبب المشقَّة والهلاك بالحد في الدنيا، والهلاك في الآخرة بالعقوبة.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ لا يشترط خوف الْعَنَتِ، وفي الفصل مسألتان:

الأولى: في أنَّ هذا الشرطَ بم يتحقَّق.

قال الإمام: ليس الذي يَخَاف الزنَا، هو الذي يغلب على ظنه الوقوعُ فيه، بل المرادُ الَّذِي يتوقَّعه لا عَلَىٰ سبيل الندور وليس غَيْرُ الخائف هو الذي، يعْلَم الاجتناب عنه، لكن غلبة الظن بالتقْوَىٰ والاجتنابِ ينافي الخوْفَ، فمن غلبتْ شهوته [ورق تقواه، فهو خائف، ومن ضعفت شهوته، وهو][1] يستبدع الوقوع في الزنا لدين، أو مروءةٍ أو حياءٍ، فهو غير خائف، وإن غلبت شهوته، وقوى تقواه، ففيه احتمالان للإمام أظهرهما وهو المذكور في «الكتاب» أنه لا يجوز له نكاح ألأَمَةِ؛ لأنه لا يخاف الزنا، فلا يجوز له أن يَرِقَّ ولده لقضاءِ وطَرٍ أو كَسْرِ شهوة.

والثاني: إنْ كان تَرْكُ الْوُقاع يجرُّ ضَرَراً أَوْ مَرَضاً يَجُوزُ لَهِ نِكَاحُ الأَمة، والْمَجْبُوبُ لا يتصورُ الوطء منه مُبَاحاً، ولا حراماً، ففي «النِّهَايَةِ» و «التتمة» أنه لا ينكح الأمة، وذكر صاحب «التَّتِمَّةِ» تفريعاً عليه أنه، لو نكح حُرٌّ أَمَةً، فوجدتْهُ مجبوباً، وأرادت الفسخ، فقال الزوج: جُبَّ ذكرى بعد النكاح، فإن لم يكن ما يقولُهُ محتملاً، بأن كان الموضع مُنْدَملاً، وقد عقد النكاح أمس، فالنكاح فاسدٌ، وإن كان محتملاً، فإن صدقته فذاك، وإنْ كذبته، بطل دعواه؛ لأن قضيَّة قولها فسادُ النكاح من أصله، وقال الْقَاضِي الرُّويَانِيُّ في «البحر» [أن] للخصيِّ والمجبوبِ نِكَاحَ الأَمَةِ عند خوف الوقوع في الفعل المأثوم به؛ لأن العنت هو المشقَّة[2].

الثانية: في القادر علَىٰ شراء أَمةٍ يتسرّى بها وجهان:

أحدهما: أنَّ له نكاحَ الأمَةِ؛ لأنه لا يستطيعُ طَوْلَ الْحُرَّةِ؛ وهذا هو المذكور في«التَّتِمَّةِ» «وَالتَّهْذِيبِ» ويحكى القَطْعُ به عن القاضي الحسين.

ولو كانت في ملكه أمةٌ لَمْ ينكح الأمة، وفي كتاب الحَنَّاطِيِّ الخلافُ فيه، وإذا قلْنا بالصحيح، فلو كانت الأمة التي يملكها غَيْرَ محلَّلة لهُ، نُظِرَ، إن وفت قيمتها بمهر حرة أو ثمن أمة يتسراها، لم ينكح الأمة، وإلاَّ، نكحها، واللَّهُ أعْلَمُ.

---

(١) سقط في ز.

(٢) قال ابن عبد السلام: وينبغي جوازه للممسوح مطلقاً لانتفاء محذور رق الولد.

قَالَ الغَزَالِيُّ: فَإِذَا تَرَخَّصَ فَلاَ يَنْكِحُ إِلاَّ مُسْلِمَةً، أَمَّا الكِتَابِيَّةُ فَلاَ تَحِلُّ، وَيَجُوزُ أَنْ يَنْكِحَ أَمَةً مُسْلِمَةً لِكَافِرٍ عَلَى الأَصَحِّ، وَالحُرُّ الكِتَابِيُّ يَنْكِحُ الأَمَةَ الكِتَابِيَّةَ، وَالعَبْدُ المُسْلِمُ لاَ يَنْكِحُهَا، فَقِيلَ فِي المَسْأَلَتَينِ قَوْلاَنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لفظ الترخيص يشير إلى أن نكاح الأمةِ، إنما يجوز عند الضَّرُورَةِ، أو شدَّةِ الحاجة، علَى ما هو سبيلُ الرُّخَص، وأراد بقوله: فإذا ترخص الحرُّ المسلم، وقد سبق ذكره عند قوله: «ولا ينكح الحرُّ المسلمُ مملوكةَ الغَيْرِ إلا بأَرْبَعِ شَرَائِطَ»، والشرط الرَّابعُ أن تكون ألأَمَةُ المنكوحةُ مسلمةً، أما الكتابيةُ فَلاَ يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُهَا خِلاَفاً لأَبي حَنِيْفَةَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ.

واحتج ألأَصْحَابُ بأن اللَّهَ تعالَى شرط في نكاح ألأَمَةِ الإِسلامَ، حيثُ قَالَ: ﴿فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ [النساء: ٢٥] وفي نكاح الكتابية الحُرّيَّة حيث قال: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥] فدلَّ على أنه لا ينكح الأمة الكتابية، وبأنه اجتمع فيه نقصان [لكل واحدة منهما أثر في المنع من النكاح][1] ولا يجوز للحر المسلمِ نكاحُها كالحرَّة المجوسية والوثنية، والزيادةُ والنقصانُ في الفَرْعِ الكُفْرُ والرِّقُّ، وفي الأصل الكُفْرُ، وأنه لا كتاب لها، وهل يجوز [له] أن ينكح أَمَةً مُسْلِمَةً لِكَافِرٍ؟.

فيه وجهان منقولان في «النِّهَايَةِ»:

أصحهما: الجوازُ، لحُصُولُ الإِسَلام في المنكوحة.

والثاني: المنع؛ لما فيه من إرقاقِ الولَدِ المسْلِمِ للكافر، وفي نِكَاحِ الْحُرِّ الْكِتَابِيِّ ألأَمَةَ الْكِتَابِيَّةَ وَجْهَانِ، ويقال: قولان:

أحدهما: المنع، كما يمنع الحرُّ المسلمُ من نكاحها.

وأصحهما: الجوازُ، كما أن الحرَّ المسلمَ ينكح الأمة المسلمة، وظاهر المذهب، وهو نصّه في «الْمُخْتَصَرِ» أن العبد المسلم لا ينكحها؛ لأن المنع من نكاحها الكفر، فيستوي فيه الحرُّ والعبدُ، كالمرتدة والمجوسية، وفيه قَولٌ آخَرُ، أنَّ له نكاحُهَا؛ لأنه لا تفاوُتَ بينهما في الرِّقِّ والحُرِّيَّة، وإنما يتفاوتان في الدِّين، وأنَّه لا يمنع النكاح؛ ألا ترَىٰ أن الحرَّ المسلِمَ ينكح الحرَّةَ الكتابية، وينسب هذا القول إلى رواية صاحب «الإِفْصَاحِ» عن القول القديم، ورواية ابن أبي هريرة، والأستاذ أبي طَاهِرِ الروياني، وهو في الجديدِ أشهرُ، ورأيت الإمام نقل الخلافَ في الصورتَيْن في حكاية أسندها إلى أبي الحسن

---

(١) سقط في ز.

الْمَاسَرْجَسِيِّ عن تخريج ابن أبي هُرَيْرَةَ تارةً، وابن خيران أخرى، واللَّهُ أَعْلَمُ ووجهه بعضهم الجواز في الصورتَيْن بأنه لم يجتمع النقصانُ بالإضافة إلى الناكح؛ لأن الكفر ليس نقصاً في حق الكافر، وكذا الرقُّ في حق العبيد، والعبْدُ الكتابيُّ هَلْ يَنْكِحُ الْأَمَةَ الْكِتَابِيَّةَ، إن قلْنا: للحر الكتابيِّ أن ينكحها، فنعم بطريق الأَوْلَى، وإلا، فوجهان، والأصح الجواز[1] أيضاً لتَكَافِئِهِمَا فَأَمَّا القول في نكاح العبْدِ المِسْلِم الأمةَ المسلمة، فنذكره في «باب نكاح المشركات» حيث قال: «لأن الأمة في حَقّه كالحرَّةِ».

ويجوز للمسلم وطءُ كتابيَّةٍ بمِلْكِ اليمين دُونَ المجوسيَّة والوثنية اعتباراً بالنِّكَاحَ، ولْيُعْلَم قوله في «الكتاب» «فلا ينكح إلا مسلمة» بالحاء؛ لما سبق.

وكذا قوله: «والعبد المسلِمُ لا ينكحها»؛ لأنه إذا جوز للحرِّ نكاحَها، فالعبد أولَى بالتجويز.

وقوله: «والحر الكتابيُّ ينكح الأمة الكتابية، والعبد المسلم لا ينكحها» أراد به أن الشافعيَّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ نَصَّ في المسألتَيْن هكذا، أما أنَّ العبْدَ لا ينكحها، فمصرح به في «المختصر» وأما أنَّ الحرَّ الكتابيَّ ينكحها، فمأخوذٌ من قوله في «باب الولادة» ولا يكون المسلم وَلِيّاً لكافر إلا علَى أمته، فإن تزويجها من المسلِم ممتنع، ولا بُدَّ وأن تكون ولايته في التزويج من الكافر، والأولى أن يقرأ قوله بعد ذلكَ فقيل: في المسألتين «قولان» بالفاء؛ ليكون ذلك إشارةً إِلَى تصرُّف الأصْحَابِ في النصَّيْن، وجعل المسألتين على قولَيْن، ولو «وقيل» قرىء بالواو؛ لاقتضى إثبات طريقين.

أَحدهما: يحرُمُ بالنفْيِ في المسألة الثانية، وبالإِثْبَاتِ في الأُولَى.

والآخر: يُثْبِتُ قولَيْن في المسألتين، وليس في كتب الْأَئِمَّةِ ذِكْرُ طَرِيْقَةٍ جَازِمَةٍ، نَعَمْ، ربما اقتصروا على النفْيِ في الثانية، والإثباتِ في الأُولَى؛ لأن السكوتَ عن الخلافِ ليس جزماً بنفيه.

فَرْعٌ: الَّتي تبعض فيها الحريَّة والرق، كالرقيقة الَّتِي لا يَنْكِحُها الحرُّ إلا عند اجتماع الشرائط المذكورة، إذا قَدَرَ عَلَى نكاحها، فهل له نكاحُ التي تمحضَّت رقيقةً؟ تردَّدَ فيه الإِمام؛ لأن إِرْقَاقَ بَعْضِ الولد أهونُ من إرقاق كُلِّه[2].

---

(١) قال النووي: ونكاح الحر المجوسي والوثني الأمة المجوسية والوثنية، كالكتابي الأمة الكتابية. .

(٢) قال في الخادم: هذا بناه الإمام على القول بأن ولد المبعضة ينعقد كأمة مبعضاً فإن الإمام جزم بذلك هنا فقال: ولد كل ذات رحم بمثابتها ثم ذكر هذا الفرع والتردد وعلم منه أنا إذا قلنا ينعقد حراً كما رجحه الرافعي في بعض المواضع امتنع نكاح الأمة قطعاً. انتهى.
وأشار في المهمات إلى اختلاف ترجيح في كون الولد ينعقد حراً أو مبعضاً.

وَحُكِيَ عَنْ بعض الأصحاب أنَّ من تُبَعَض فيه الحُرِّيَّة والرق كالرقيق، حَتَّى يَنْكِحَ الأَمَةَ مع القُدْرة عَلى نِكَاحِ الْحُرَّةِ؛ لأن ما فيه من الرِّقِّ أَخْرَجَه عن الولاية والنَّظر للولد.

آخر ولد الأمة المنكوحةِ رقيقٌ لمالكها سواءٌ كان الْحُرُّ الذي نَكَحَها عربياً، أو غيرَ عربيٌّ، وفي «القديم» قولٌ أن الرِّقَّ لا يجْري على العَرَب، فإنْ كان الناكح عَرَبِيّاً، يكون الولَدُ حُرّاً، وهل على الناكِح قيمته، كما في صورة الغُرورِ، أم لا شيء عَلَيْهِ، لأن السَّيِّدَ رَضِيَ بِهِ، حيث زوَّجها من العربيِّ؟ فيه قولان، والله أعلم.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَلَوْ نَكَحَ أَمَةً ثُمَّ قَدَرَ عَلَى الحُرَّةِ وَنَكَحَهَا لَمْ يَنْفَسِخْ نِكَاحُ الأَمَةِ بَلْ لاَ يُرْعَى الشَّرْطَ إِلاَّ فِي الابْتِدَاءِ، وَلَوْ جَمَعَ القَادِرُ حُرَّةً وَأَمَةً فِي عَقْدٍ، بَطَلَ نِكَاحُ الأَمَةِ، وَفِي الحُرَّةِ قَوْلاَ تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه مسألتان:

الأول: إذا نَكَحَ الْحُرُّ أَمَةً [بشروطه] ثم أَيْسَرَ لا ينفسخ نكاحُ الأمة؛ لأن قضية الآية اشتراطُ الإِعْسَار في الابتداء، ولا يلزمُ من كونه شرطاً في الابتداء، أن يكون شرطاً في الدوام لقوَّة الدوام، وهذا كما أنَّ خوْفَ العنَتِ يُشترطُ في الابتداء دون الدَّوَام، وكما أن العِدَّةَ والرِّدَّةَ والإِحرام يمنع ابتداءَ النِّكَاح دون دوامه، وكما أنَّ الإِسلام يمنع ابتداء السبْي دون دوامه، وكذلك لو نكح حُرَّةً بعْدَ ما نكح الأمة، لا ينفسخ نكاح الأَمَة.

وَقَالَ المُزَنِيُّ: ينفسخُ النكاح في الصورتَيْن، وعن أَحْمَدَ في الصورة الثانية مِثْلُهُ.

الثانية: لو جمع الحرُّ بين حرة وأمة في عقد واحدٍ، نُظِرَ؛ إن كان مِمَّنْ لا يحل له نكاحُ الإِماء، فنكاح الأمة باطلٌ، وفي نكاحِ الحُرَّةِ قولان مذكوران في الجديد:

أصحهما: وهو المنصوص في «القديم»: أنه يصحُّ، وبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيْفَةَ، والْمُزَنِيُّ، واختاره ابنُ الْحَدَّادِ، والقولانِ مرتَّبانِ على القولَيْن، فيما إذا باع عبده، وعبْدَ غيره صفقةً واحدةً، ومبنيَّان على أنه، إنْ بَطَلَ في بيع عبده[1] بَطَلَ؛ لأن العقْدَ الواحد لا يتبعض، أو لجهالة العوض، وكل ذلك قد بيَّنَّاه في «باب تفريق الصَّفْقَة».

وإن كان ممن يحِلُّ له نكاحُ الإماء بأن وَجَدَ حُرَّةً [تَسْمَحُ][2] بِمَهْرٍ مُؤَجَّلٍ، أو بما دُونَ مَهر المثل، أو بدون الْمَهْرِ، أو وَجَدَ طَوْلَ حُرَّةٍ كِتَابِيَّةٍ، وقلْنا: إنَّ هذه المعانِيَ لا تمنع صحَّةَ نكاحِ الأَمَة، فمثل هذا الشخْصِ، إذا نكح حُرَّةً وَأَمَةً في عقْدٍ، لم يصحَّ نكاح الأمة أيضاً؛ لأنه لو صحَّ، لصحَّ نكاحُ الحرَّة، والأمةُ لا تُقارَنُ بالحرَّة، كما لا تدخل عليها، وفي نكاحِ الحرَّة طريقان:

---

(١) في ب: عبد غيره.
(٢) في ز: تسمع.

أظهرهما: عند الإمام، وبه قال صَاحِبُ «التَّلْخِيصِ»: أنَّه على قَوْلَيْن، كما في القسم الأول، وَقَالَ ابنُ الْحَدَّادِ، وأبو زيد وآخرون: يَبْطُلُ جزماً؛ لأنه جمع بين امرأتين، لا يجوز له الجمْعُ بينهما، ويجوز له نِكَاحُ كُلِّ وَاحِدَةٍ منهما وحْدَها، فيبطل النكاحان، كما لو جمع بين الأختين.

وقال مَنْ نصر الأول: قال ليس هذا كنكاح الأختَيْن؛ لأنه ليس نكاحُ أخْتٍ بأَقْوَى من نكاح أخت، ههنا نكاحُ الحُرَّة أقوى؛ ألا تَرَى أن نكاحها إذا سبَق مَنَعَ نكاحَ الأمةِ، والعكْسُ بخلافه، ولو جَمَعَ بَيْنَ مُسْلِمَةٍ، وَوَثَنِيَّةٍ، أوْ أجنبيةٍ ومحرم، أو خَلِيَّة، ومعتدَّة أو منكوحةٍ، فهو كما لو جَمَع بين حُرَّةٍ وَأَمَةٍ، وإذا صَحَّحْنَا نكاحَ مَنْ تحِلُّ له، فَقَدْ قدَّمنا في «تفريق الصفقة» روايةَ قَوْلٍ أنها تستحِقُّ جميع المسمَّى، ويعزى هذا إلى أبي حَنِيْفَةَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ وذكرنا هناك أن المذْهَب أنها لا تستحِقُّ جميعه، ولكن تستحِقُّ مهْرَ المثلِ في أحد القولَيْن، وما يخصُّ مهر مثلها من المسمَّى إذا وزع على مهر مثلها ومهْر مثل الأخرَى في القول الثاني، وبَنْوا هذَيْن القولَيْن على القولين في أن مَنْ نَكَحَ امْرَأتَيْنِ على صَدَاقٍ وَاحِدٍ، يجب لكلٍّ واحدةٍ منهما مهْرُ مثلها، أو يوزَّع المسمَّى على مهرَيْهما، وسيأتيان في «كتاب الصداق» إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى فإن قلنا: إنها تستحقُّ جميع المسمَّى، فللزوج الْخِيَارُ في فسخ الصداق، والرجوع إلى مَهْرِ المثل، كما ذكرنا في «باب التفريق»، وإن قلْنا: تستحقُّ مَهْرَ الْمِثْلِ، فلا فسخ للزوج؛ [إذ لا فائدة فيه] لأنه، وإن فسخ، فالرجوع إلى مَهْرِ المثل، وإنْ قلنا: تستحقُّ حصَّةَ مَهْرِ المثلْ من المسمَّى، فعن الشيخ أبي عليٍّ: أنَّه، إنْ كان المسمَّى مما تمكن قسمتُهُ كالحبوب، فلا خيار، وإن كان ممن لا تمكن قسمته؛ كالعبد والدابة، فله الخيار؛ لتضرُّره بالتشقيص، وإن فَسَخَ، فَعَلَيْهِ مَهْرُ الْمِثْلِ.

وَاعْلَمْ أنَّ الجَمْع بيْنَ من تَحِلّ له، وبين من لا تحِلُّ له، قد يُصوَّر فيما إذا كان الزوْجُ وَلِيّاً لَهُما، كما إذا زوج أمته وابنته، وفيما إذا كان وَكِيلاً من جهة [الولِيَّيْن، وفيما إذا كان ولياً لإحداهما وكيلاً من جهة][1] وليِّ الأخرَى، وموضع الخلاف فيما إذا قال: زوَّجْتُكَ هذه وهذه بكذا، فقال: قبِلْتُ نكاحهما بكذا، فأما إذا قال: زَوَّجْتُكَ بِنْتِي هذه، وزوَّجْتُكَ أَمَتِي هذه، فَقَالَ قَبِلْتُ نِكَاحَ ابْنَتَكَ، وقبلتُ نكاح أَمَتِكَ، أو اقتصر عَلَى قبول نكاح البِنْتِ، فنكاحُ البنتِ صحيحٌ لا محالة، ولو فصَّل المزوِّج، وقال: الخاطبُ قبلتُ نكاحَهُما، فالحكم كما لو فصَّلا جميعاً أو كما لو جَمَعَا جَميعاً؟ وفيه اختلاف للأصحابُ والأصح عند الإمام الأول، والخلافُ جارٍ فيما لو جمع المُوجب، وفصَّل

---

(١) سقط في ز.

القابل، ولو جمع بين أختَيْن وَأَمةٍ، وهو مِمَّن يحلُّ له نكاح الأَمَةِ، فنكاحُ الأَخْتَيْنِ بَاطِلٌ، وفي نكاح الأَمَةِ الخلافُ، ولو قال: زوجتك بنتي، وبعتك هذا الزق من الخمر بكذا فقبلهما، فمنهم من طَرَدَ القولين في النكاح، والأصح القطع بالصحة؛ لأنهما عقدان مختلفان، وصفتان مختلفان ولو قال: زوجتك ابنتي وابني، أو فرسي، أو زوجتك ابنتي، وهذا الزق من الخمر، فمنهم من طرد القولين في نكاح البنت، والأصح القطع بالصحة؛ لأن المضموم لا يقبل النكاح فلغا ذكره، وإذا قلنا بصحة نكاح البنت فلها مهر المثل إن قلنا فيما إذا جمع بين امرأة محللة وأخرى محرمة أنَّ الواجب للمحللة مهر المثل، وإن قلنا: إن الواجب هناك حصة مهر المثل من المسمى، ففي «التَّهْذِيبِ» أن ها هنا يجب جميع المسمى لتعذر التوزيع[١] والله أعلم.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الجِنْسُ الرَّابِعُ) الكُفْرُ وَهُمْ ثَلاَثَةُ أَصْنَافٍ (الكِتَابِيُّ)، وَتَحِلُّ مُنَاكَحَتُهُمْ وَيُقِرُّونَ بِالجِزْيَةِ وَالوَثَنِيّ وَالمُعَطِّلُ وَالزِّنْدِيقُ لاَ تَحِلُّ مُنَاكَحَتُهُمْ وَلاَ يُقِرّونَ بِالجِزْيَةِ، وَالمَجُوسُ لاَ يَحِلُّ مُنَاكَحَتُهُمْ لَكِنْ يُقِرُّونَ بِالجِزْيَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الجنس الرابع: من موانع النكاح الكفر والكفار ثلاثة أَصْنَافٍ:

أحدها: الكتابيون، فيجوز للمسلم مناكحتهم[٢] لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا

---

(١) قال النووي: ولو تزوج أمتين في عقد، بطل نكاحهما قطعاً كالأختين. وجميع ما ذكرناه في نكاح أمة غيره، أردنا به غير أمة ولده، وأما أمة ولده، ففيها خلاف وتفصيل يأتي إن شاء الله تعالى في «الباب العاشر».

(٢) أكثر أهل العلم والفقهاء الأربعة على القول بحل زواج المسلم بالكتابية الحرة التي بدار الإسلام - ونقل عن ابن عمر والهادي من الزيدية والإمامية من الشيعة القول بتحريمها على المسلم.
استدل المحرمون: - بالكتاب والأثر والمعقول.
أما الكتاب: - **فأولاً:** قوله تعالى: ﴿وَلاَ تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ﴾ وجه الدلالة أن الله تعالى حرم المشركات بالنهي الوارد في الآية. والكتابية مشتركة فيحرم نكاحها وتشهد اللغة والكتاب والسنة بشرك الكتابية. أما اللغة فكون الشرك معناه الإشراك بين شيئين. ومن جعلت عيسى أو عزير ابناً لله فقد أشركت معه غيره في العبودية. وأما الكتاب فقد نطق بتركها في قوله تعالى: ﴿سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى عَمَّا يُشْرِكُونَ﴾.
ونسب إليهم القول بالأبنية لله وهو عين الشرك قال تعالى: ﴿وَقَالَتِ الْيَهُودُ عُزَيْرٌ ابْنُ اللَّهِ وَقَالَتِ النَّصَارَى الْمَسِيحُ ابْنُ اللَّهِ﴾ وكذلك السنّة الصحيحة وصفتهم بالشرك فقد روى البخاري في صحيحه عن الليث عن نافع عن ابن عمر كان إذا سئل عن نكاح الرجل النصرانية أو اليهودية قال «حَرَّمَ اللَّهُ الْمُشْرِكَاتِ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ وَلاَ أَعْلَمُ شَيْئاً مِنَ الإِشْرَاكِ أَعْظَمَ مِنْ أَنْ تَقُولَ الْمَرْأَةُ رَبُّهَا عِيْسَى وَهُوَ عَبْدٌ مِنْ عِبَادِ اللَّهِ».
صرح الحديث بشركهم. ونطق بعلة تسميتهم. وكيف لا تكون الكتابية مشركة وقد توفرت فيها

. . . .

= علة النهي المقتضية للتحريم وتحقق فيها الوصف الذي نعتت به المشركات في قوله تعالى ﴿أُوْلَئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ﴾.

ونوقشت الآية: ـ نمنع كون الكتابية مشركة من وجوه: **أولاها**: أن يصرف ما ورد من وصفهم بالشرك إلى غير الحقيقة بأن يقال أطلق لفظ الشرك عليهم باعتبار فعلهم كما صح أن يطلق على المرائي بفعله ـ أما **الوجه الثاني**: ـ أن يوجه الوارد بأن اليهود والنصارى لما ابتدعوا الشرك من عندهم مع أنه ليس في أصل دينهم شرك ـ إذ الأصل فيه اتباع الكتب المنزلة التي وردت بالتوحيد ـ صح إطلاق اسم الشرك عليهم. وكون العلة المذكورة في عجز الآية المحرمة للمشركات متحققة في الكتابية لا تجعلهما متحدثان في الحقيقة فالفرق بينهما فيها مقرر معروف فضلاً عما في المشركة من الاشتهار بالعداوة الدينية والتظاهر بالمخالفة. وليست الكتابية كذلك لأنها رضيت بالقهر والغلبة على أمرها ودفعت الجزية نظير أمانها.

ولو جرينا على القول القائل يكون قوله تعالى: ﴿أُوْلَئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ﴾ علة لقوله: ﴿وَلأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ﴾ تخرج العلة المذكورة عن دلالتها إذ تكون علة للأفضلية والخيرية لا للتحريم وعليه فلا اشتراك بين المشركة والكتابية في العلة فلا تحرم الكتابية.

واستدلوا ثانياً من الكتاب بقوله تعالى: ﴿وَلاَ تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ وجه الدلالة أن الله حرم على المؤمنين تمسكهم بالكافرات وجعلهن في عصميتهم وذلك مقتضى النهي الوارد في الآية فكان هذا دليلاً على تحريم ابتداء نكاحهن لأنه مغض إلى المنهي عنه.

ونوقشت بتلك الآية بمناقشتين:

أولاهما: أن قوله تعالى: ﴿وَلاَ تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ اللام في الكوافر لتعريف العهد والمعهودات كن مشركات عبدة أوثان إذ الآية نزلت في مشركات الحديبية. وعليه فلا تتناول الآية الكتابيات. وعلى أن الخطاب متوجه لمن كان في عصمة كافرة مشركة تاركاً لها بدار الحرب تخرج الآية عن الدلالة. وقد فهم الصحابة رضوان الله عليهم منها ذلك فطلق عمر امرأتين كانتا مشركتين بمكة حين نزلت الآية بالحديبية.

وثانيتهما: أن الآية نزلت بالحديبية حين هاجر رسول الله إلى المدينة وأنزل الله سورة الممتحنة وفيها الأمر بامتحان المهاجرات فهي واردة في ذلك. ثم أنزل الله حل الكتابيات بعد ذلك في آية أخرى في سورة المائدة هي قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾.

دفعهم عنهم بخلاف الذمة. اعلم أنه لا بدّ من التنبيه على أمرين:

أحدهما: لو قهر ذمي حربية أو حربي ذمية ما حكمه.

والجواب أن ذلك خارج من العلة ففي الصورة الأولى يصح إن اعتقدا ذلك نكاحاً وإلا فلا. وفي الثانية لا يصح لأن على الإمام أن يدفع أهل الحرب عن أهل الذمة وعلى هذا ترد نِكَاحُهُنَّ، وَلَكِنْ أَنْتَزِعُهُنَّ مِنْكُمْ» دل هذا على عدم جواز نكاح الكتابيات للمسلمين لأنه لو كان نكاحهن حلالاً جائز لما غضب عمر ولأنكر عليه الصحابة. ولصحح طلاقهن فتفريقه وعدم إجازته الطلاق دليل على الحرمة. نوقش: أن المروي عن عمر غير جيد قاله ابن عطية بل قيل إنه غريب. والذي بإسناد جيد عنه أنه قال للذين تَزَوَّجوا من الكتابيات طَلِّقُوهُنَّ فَطَلَّقُوهُنَّ إلا حذيفة فقال له عمرُ طَلِّقْهَا قَالَ تَشْهَد أَنَّها حَرامٌ قَالَ هِيَ خمرة طَلِّقْهَا قَالَ: تَشْهَدَ أَنَّها حَرَامٌ قال هي خمرة قال:

. . . .

= طلقها فلما كان بعد طلقها فقيل له ألا طَلَّقْتَهَا حِيْنَ أَمَرَكَ عُمَرُ قال كرهت أن يَرى النَّاسُ أَنِّي رَكَبْتُ أمراً لاَ يَنْبَغِي لِي» نطق هذا الأثر في نهايته بعدم حرمة الكتابية ودل على عدم التحريم أيضاً طلبُ عمرُ الطلاق من المتزوجين. ويؤيده ما نقل ابن وهب وابن المنذر نقلاً صحيحاً عن عمر قوله بجواز نكاح الكتابيات.

واستدلوا بالمعقول من وجهين: ـ

أولهما: أن الكتابية امرأة تعارض دليل حلها وهو قوله تعالى: ﴿والْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِيْنَ أُوْتُوا الْكِتَابَ﴾ مع دليل تحريمها وهو قوله تعالى: ﴿وَلاَ تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ﴾ وفي مثل هذا يلزم الرجوع إلى الأصل وهو التحريم لأن الأبضاع مما يلزم الاحتياط فيها فيحرم نكاح الكتابية لذلك.

ونوقش:

بتسليم كون الأصل في النكاح الحرمة وأنه لا بدّ من نص دال على الحل لكن قوله تعالى بعد تعداد محرمات النكاح في سورة النساء ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ﴾ ـ لا يخلو من أن تكون نازلة بعد تحريم المشركات أو قبلها. فإن كانت بعدها صح القول بأنها ناسخة لآية البقرة. وإن كانت متقدمة عنها وآية البقرة متأخرة تكون المشركة مستثناة من العموم في آية الحل وعلى كل حال فالكتابيات داخلات في عموم آية الحل غير مخرجات منها لما سبق بيانه من أن اسم المشرك لا يتناول الكتابي. وتكون آية المائدة وهي قوله: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِيْنَ أُوْتُوا الْكِتَابَ﴾ جاءت مؤكدة للحل الوارد في العموم. دافعة لتوهم حرمتهن كما فهم بعض الصحابة.

وثانيهما: ـ أن الكتابية متمسكة بكتاب دار أمر القول فيه بين حالين هما التغيير أو النسخ. والمغير تزول عنه صفة الكتاب والمنسوخ ترتفع أحكامه. وحينئذٍ يكون لا فرق بينه وبين ما لم يكن. وعليه تكون الكتابية في حكم من لا كتاب لها. ومن هذا شأنها لا يحل نكاحها لتحقق النقص الفاحش فيها فساوت عابدة الوثن.

ونوقش: ـ

بأن من لها كتاب مغير أو منسوخ يصح أن تندرج تحت من لها شبهة كتاب نظراً لكتابها المغير وصحة دينها في أصله فلا مساواة بينها وبين من لا كتاب لها أصلاً. وتفرقة الشارع بينهما في الأحكام دليل على ذلك. فقد حقن دماء الأولى دون الثانية. وكذا أحل ذبيحتها دون الأخرى فناسب أن يفترقا في حكم النكاح.

واستدل المجوزون: بالكتاب والسنّة: ـ

أولاً: الكتاب: ـ وهو قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتِ مِنَ الَّذِيْنَ أُوْتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ عطف الله المحصنات في الآية على الطيبات المصرح بحلها في صدر الآية. والمحصنات معناها الحرائر أو العفيفات فتكون الآية دليلاً على حل الحرائر أو العفيفات من أهل الكتاب. لأن قضية العطف التشريك في الحكم. وهذه الآية محكمة ليس بمنسوخ حكمها على القول بعدم تناول آية البقرة. وهي قوله تعالى: ﴿وَلاَ تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ﴾ ـ للكتابيات. إذ تكون كل من الآيتين جار على أفراده. وعليه فلا نسخ ولا تخصيص. وعلى أن آية البقرة متناولة للكتابيات تكون هذه الآية مخصصة للعموم أو ناسخة له على الخلاف المعروف في علم الأصول.

فإن ورد على هذا ـ عدم تسليم تفسير المحصنات بالحرائر أو العفيفات. وتفسيرها بالمسلمات لأن المراد بهن اللّاتي كن كتابيات فأسلمن. استناداً إلى قوله تعالى: ﴿مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ أُمَّةٌ قَائِمَةٌ =

. . . .

= يَتْلُونَ آيَاتِ اللَّهِ آنَاءَ اللَّيْلِ وَهُمْ يَسْجُدُونَ يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ﴾ وقوله: ﴿وَإِنَّ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ لَمَنْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ﴾ - وإلى أن الصحابة قبل نزول آية المائدة كانوا يتحرجون عن الزواج بالكتابيات اللاتي أسلمن فأنزل الله هذه الآية بياناً لحلهن أجيب عن ذلك:

بأن تفسير المحصنات بالمسلمات غير صحيح من وجوه متعددة الوجه الأول: إن الله تعالى قد ذكر المؤمنات في قوله: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ قبلها فانتظم هذا سائر المؤمنات ممن كن كتابيات أو مشركات فأسلمن ومن نشأن على دين الإسلام. فإذا عطف بعد ذلك المحصنات من الذين أوتوا الكتاب لم يكن من الجائز أن يراد بالجملة المعطوفة ما أفادته الجملة قبلها إذ المؤمنات اللاتي كن كتابيات أن كن قد انقرضن فلا فائدة لأنه لا يتصور الخطاب بحل الأموات. للمخاطبين الأحياء وإن كن أحياء ودخلن في دين الإسلام فالحل معلوم من الجملة قبلها ولا حجة إلى التكرار ولا إلى خلو الكلام عن الفائدة لأنه عبث عليه تعالى محال.

الوجه الثاني: أن في القول بهذا التأويل الذي ذهب إليه ابن عمر صرف اللفظ عن ظاهره بلا مقتض وهو غير جائز.

الوجه الثالث: أن تفسير المحصنات بالمسلمات تفسير إرادة الإلفة أما تفسيرها بالعفيفات فتفسير لغة. لأن الإحصان في اللغة عبارة عن المنع ومعنى المنع يحصل بالعفة والصلاح كما يحصل بالحرية والإسلام والنكاح إذ الكل مانع للمرأة عن ارتكاب الفاحشة فيتناولهن عموم المحصنات.

ومما يرجح تفسيرها بالعفيفات وورد الإحصان بمعنى العفة في كلام الله قال تعالى: ﴿مُحْصَنَاتٍ غَيْرَ مُسَافِحَاتٍ وَلاَ مُتَّخِذَاتِ أَخْدَانٍ﴾.

الوجه الرابع: عدم قول أحد من أهل العلم بأن المراد من قوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾ طعام من كانوا أهل كتاب فأسلموا مرجح لعدم تفسير المحصنات من الذين أوتوا الكتاب بمن كن أهل كتاب فأسلمن وكيف يراد ذلك وقوله: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾ تفيد حصول الوصف في حال الإباحة وهو منفي على تلك الإرادة.

أما تأييد المدعي دعواه بما ورد في الآيتين ﴿مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ أُمَّةٌ﴾ ﴿وَإِنَّ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ﴾ الآية، فلا يفيده لأن تقييدهما بالإيمان دليل على أنه لم يرد بهم أهل الكتاب عند الإطلاق بل أراد بهم طائفة معينة منهم ذلك لأن لفظ أهل الكتاب إذا أطلق من غير تقييد انصرف إليهم من غير إرادة من أسلم منهم. فإن أريد نوع آخر جاء اللفظ مقيداً دون إطلاق كما في الآيتين المذكورتين. وعليه فذكر آية المائدة مطلقة لا مقيدة يدل على أن المراد بأهل الكتاب فيها حقيقة اللفظ عند الإطلاق.

وإن ورد على دليل الجمهور ثانياً:

إن آية المائدة منسوخة بآية البقرة فقد روى جعفر بن مجاشع قال سمعت إبراهيم بن إسحق الحربي يقول في آية البقرة وجه ذهب إليه قوم جعلوا التي في البقرة هي الناسخة والتي في المائدة هي المنسوخة يعني فحرموا نكاح كل مشركة كتابية أو غير كتابية.

أجيب عن ذلك:

يمنع نسخ آية المائدة بآية البقرة لأن البقرة من أول ما نزل بالمدينة والمائدة من آخر ما نزل بها. والمتأخر ينسخ المتقدم. وعلى تسليم كون آية المائدة منسوخة لا يتم الدليل إلا إذا كانت آية البقرة الناسخة عامة في الوثنيات والكتابيات وليست كذلك لورود العطف المقتضي للمغايرة في غير آية من القرآن مثل ﴿مَا يَوَدُّ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَلاَ الْمُشْرِكِينَ﴾ وقوله: ﴿لَمْ يَكُنِ =

﴿الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥] ولا فرق في الجواز بين أن تكون الكتابية حربية، أو ذمية، أو مستأمنة، لكن يكره نكاح الحربية[1]؛ لأن الإقامة فيما بين أهل الحرب

= ﴿الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ﴾ - وحتى على القول بالعموم تكون آية المائدة مخصصة لآية البقرة أو ناسخة والعكس ممتنع. ثم لا يعكر ذلك على الدليل لأنه لما لم يكن سبيل إلى التوفيق بين تلك الآيتين إلا بذلك وجب المصير إليه.

واستدل المجوزون ثانياً بالسّنة: وهي ما رواه جابر بن عبد الله عن رسول الله ﷺ أَنَّهُ قَالَ «تَزَوَّجُوا نِسَاءَ أَهْلِ الْكِتَابِ وَلاَ يَتَزَوَّجُونَ نِسَاءَنَا» أخرجه أبو داود في سننه وعن عبد الرزاق، وابن جرير عن عمر بن الخطاب قال: «الْمُسْلِمُ يَتَزَوَّجُ النَّصْرَانِيَّةَ وَلاَ يَتَزَوَّجُ النَّصْرَانِي الْمُسْلِمَةَ».

دل ما تقدم على حل الكتابية للمسلم وَأَيَّدَهُ فعل بعض الصحابة فقد تزوجوا بكتابيات ولم ينكر بعضهم على بعض - روى الخلال بسنده أن حذيفة بن اليمان وطلحة بن الجارود بن المعلى، وأذينة العبدي تَزَوَّجُوا النِسَاءَ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ كما روي عن عمر وعثمان وغيرهما من الصحابة القول بإباحتهن.

ونوقش:

بأن الرواية عن عمر مضطربة ففي بعضها القول بالحل وفي أخرى تفريقه بين من تزوج بكتابيات وبين أزواجهن. ومع هذا الاضطراب لا يأخذ بقوله. ويمكن تأويل الحديث الأول: بأن ذلك كان في زمن قلة النساء المؤمنات في ابتداء الإسلام. وأجيب.

بأن الرواية الصحيحة عن عمر هي الناطقة بحل تزوج المسلم للنصرانية وهي نص فلا يعارضها غيرها. والدليل على ذلك أن بعضاً من الصحابة قدموا على التزوج بكتابيات منهم طلحة وكعب ابن مالك وعثمان بن عفان. وكذا خطب المغيرة بن شعبة هندا بنت النعمان بن المنذر وكانت تنصرت. وثبت عن الصحابة طلاقهم للكتابيات وهو دليل على حل نكاحهن. والقول: بأن ما ورد عن الصحابة محمول على زمن قلة النساء المؤمنات لا يستند إلى دليل وإنما يعتمد عليه لو لم يكن كتاب أو سنّة واردين بالحل. وغاية ما يفيد هذا الحمل هو كراهية الكتابيات لاحرمتهن على المسلمين وقد قال بالحل مع الكراهة. وبأنه خلاف الأولى المالكية والحنفية وعللوا الكراهة بأن الكتابية تشرب الخمر وتأكل الخنزير فلا تؤمن على تربية أولادها.

وبالنظر في أدلة الفريقين وما ورد عليها يترجح مذهب الجمهور القائل بحل تزوج الكتابية الحرة للمسلم. وتكون تسمية اليهود والنصارى مشركين من باب إرادة الشرك الاصطلاحي لا الشرك اللغوي المعروف. لأنه لا يبعد أن لا يكون هذا اسماً إسلامياً أريد به غير حقيقته اللغوية ونظر ذلك لفظ مؤمن في الأصل اللغوي مِنْ آمن إذا صَدَّقَ بِأَيِّ شَيْءٍ. فصار اسماً إسلامياً لا يطلق إلا على من آمن بمحمد. وأمثلة لفظ المنافق. وتسمية ما أسكر كثيره خمراً. أو يقال إنه سبحانه وتعالى راعى في مقام التوبيخ والتسفيه لأهل الكتاب ناحية الشرك الطارئة فوصفهم بها وأما في مقام الأحكام وما يربط المسلمين بهم فقد راعى فيهم الناحية الأصلية وهي كونهم أهل كتاب. وما معنا من الثاني فتكون الكتابيات حلال للمسلمين.

(١) اختلفت المذاهب في هذه المسألة فذهب ابن عباس إلى القول بعدم حل نساء أهل الكتاب إذا كانوا حرباً للمسلمين.

=

. . . .

= وذهب جمهور الفقهاء إلى القول بالحل مع الكراهة.
استدل ابن عباس: **أولاً**: ـ
يقول تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ وجه الدلالة له من الآية أنه سبحانه أحل نكاح الكتابيات والمراد بهن الذميات دون الحربيات لأنهن اللاتي يتمكن المسلمون من الركون إليهن وتطمئن نفوسهم إلى الزواج بهن.
واستدل **ثانياً**: ـ
بقوله تعالى: ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لاَ يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلاَ بِالْيَوْمِ الآخِرِ وَلاَ يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلاَ يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾.
وجه الدلالة أن من لم يؤد الجزية من الكفار للمسلمين فهو محارب لهم منهي عن محبته ومودته. ولما كان النكاح نوع مودة ومحبة فيحرم.
ونوقش: ـ
بأن تخصيص الآية الأولى بالذميات تخصيص بلا دليل. وبأن الآيتين المستدل بهما على تحريم النكاح لم يتعرضا لذلك بل الأولى أفادت حله والثانية دعت إلى قتال من أبي دفع الجزية. وعدم قتل من دفعها مع صغار وذلة حيث لا علاقة دفع الجزية وحل النكاح لا يبين عدم دفعها وحرمته فلا دلالة في الآية على تحريم الكتابية الحربية أو حلها.
بل لقد أحل الشارع أخذ الجزية من المجوسية مع تحريمه نكاحها قال ﷺ: «سُنُّوا بِالْمَجُوسِ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ غَيْرَ نَاكِحِي نِسَائِهِمْ وَلاَ آكِلِي ذَبَائِحِهِمْ».
واستدل **ثالثاً**: ـ
بقوله تعالى: ﴿لاَ تَجِدُ قَوْماً يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾.
وجه الدلالة: أن الله سبحانه وتعالى شدد النكير على قوم آمنوا بربهم وباليوم الآخر يتحببون إلى من ناصب المسلمين العداء وعصوا الله واعتصموا بدارهم متربصين بالمسلمين الدوائر. وإذا كانت هذه الصفات موجودة في الكتابية المحاربة كانت مندرجة تحت ما نهي عن مودتهم ومحبتهم. فكان ذلك نهياً عن نكاحها لما فيه من المودة قال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾.
ونوقش: ـ.
بأن الآية اقتضت النهي عن مودة أهل الحرب ولم تتعرض لتحريم النكاح وهو لا يثبت بالقياس فلا دلالة فيها. وكون عقد النكاح طريقاً إلى المودة لا يلزم منه تحريم النكاح بل كراهة وقد قال بها جمهور الفقهاء.
واستدل الجمهور على الحل: ـ **أولاً**: ـ.
بقوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ دلت الآية بعمومها على حل الكتابية مطلقاً ذمية أو حربية.
واستدلوا **ثانياً**: ـ.
بأن اختلاف الدار لا تأثير له في تحريم النكاح ولا حله فلا يكون استيطان الكتابية لدار الحرب محرماً لها: بعد الحل وهي بدار الإسلام كما لم تحرم المسلمة إذا كانت بدار الحرب اتفاقاً.

يكثر سوادهم، وأيضاً فيخاف من الميل إليها الفتنة في دينه وَأيضاً، فقد تُستَرَقُّ وهي حَامِلٌ منه، ولا يقبل قولها في أن حملها من مسلم، وإن كاتب ذمية، فالكراهية أخفُّ، لفقدان بعض هذه المعاني.

وفيه وجهٌ: أنَّه لا كراهية في نكاح الذمِّيَّة، وهذا ما أورده الإمام وصاحب «التَّتِمَّةِ»: أيْضاً، والظاهر الأول، ويُرْوَىٰ عن مَالِكٍ وَأَبِي حَنِيْفَةَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ـ مثله، والمراد من الكتابيين اليهودُ والنصارى، فأما الذين يتمسَّكون بكتب سائر الأنبياء ـ عليهم السلام ـ ألأَوَّلِينَ كَصُحُفِ شيث وإدريسَ ـ عليهم السلام ـ وإبراهِيمَ ـ عليه السلام ـ أو بالزَّبُورِ، فلا تحلّ مناكحتهم، واختلفوا في سببه، فمن قائل إنها لم تنزل عليهم بنظم يُدْرَسُ ويُتْلَى، وإنما أوحى إليهم معانِيهَا، ومن قائل: إنَّها كانت حكماً ومواعظَ، ولم تتضمَّنْ أحكاماً وشرائع.

وفيه وَجْهٌ آخَرُ نذْكُره في «الجزية» إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

= واستدلوا على الكراهة: ـ.

بأن نكاح الكتابية المقيمة بدار الحرب مفض إلى أمور ـ منها ـ تكثير سواء الكفار وفتح الطريق لإجراء أحكامهم على المسلمين إذ لا يبعد أن يهيم المسلم بزوجته الكتابية الحربية فيستدعيه ذلك إلى المقام معها والبقاء بجانبها. وفي ذلك ما تقدم آنفاً. وسببٌ في براءة الرسول عليه السلام منه أن يقول: «أَنَا بَرِيْءٌ مِنْ كُلِّ مُسْلِمٍ مَعَ مُشْرِكٍ لاَ تُرَاءَى نَارَاهُمَا» ومعناه أنه عليه السلام متبرىء من المسلم المستكين بدار الحرب الذي لا يدافع عن الإسلام وَيَرْضَى بالخضوع لسلطان المشركين ـ وكان مقتضى هذا الحديث تحريم الكتابية الحربية لكن العمومات التي وردت بالحل أفادت حرف الحديث إلى الكراهة.

ومن الأمور التي تترتب على التزوج بالكتابية الحربية احتمال تعريض ولد المسلم للرق وتنشئته على عادات الكفار وتخلقه بأخلاقهم، وتعليمه طقوس دينهم وعباداتهم بسبب اختلاطه الشديد بهم مع تعذر تحوله بعد ذلك.

وبيان هذا ـ أنه قد يَفْرِض للزوج المسلم أن يترك زوجته الكتابية بدار الحرب ويهاجر إلى دار الإسلام المهمة. وقد يحدث في تلك الآونة أن يتغلب المسلمون على الكفار وتقع الزوجة أسيرة في يد المسلمين وهي حامل. وقد لا يصدقها المسلمون أن حملها من مسلم. فمن هنا يولد الولد رقيقاً مملوكاً لمن وقعت أمه في يده. حتى لو لم تقع المرأة في السبي وترك المسلم زوجة بدار الحرب ترتب ما قدمنا. وفيه تفكيك الوحدة الإسلام وتمزيق الجماعة المسلمين.

هذه وجهة الفريقين. بالنظر فيها نرى أن الراجح مذهب الجمهور القائل بالحل مع الكراهة ـ وعندي ـ أن يتقيد هذا الحل برأي إمام المسلمين بمعنى أنه ينظر في سلوك الزوج فإن خيف منه إفشاء أسرار الدولة وتعريضها للخطر لم يُمضِ هذا النكاحَ ومنَعه من مباشرته. وفي تلك الحالة يكون التزوج بالحربية وإن كانت كتابية محرماً. أما إذا أَمِنَ الإمام جانبه وعَرِفَ منه المحافظة على بلاء الإسلام والمسلمين فلا يحرم عليه التزوج.

والصِّنْفُ الثاني: الذين لا كتابَ لهم، ولا شبهةَ كتاب؛ لَعَبَدَةِ ٱلأَوْثَانِ والشمس والنجوم والصور التي يستحسَنونها ومعطلة والزنادقة، والباطنية، لَعَنَهُمُ اللَّهُ، فلا تحلُّ مناكحتهم لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلاَ تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢١] قَالَ صَاحِبُ «الكتاب» في «الإِحْيَاءِ»: ومن هذا الصِّنْفِ المعتقدون لمَذْهَبِ الإِباحة، وكلُّ مذهبٍ يَكْفُرُ معتَقِدُه.

والصِّنْفُ الثالث: الَّذِينَ لا كتابَ لهم، ولكنْ لهم شبهةُ كتاب، وهم المجوس، وَهَلْ كَانَ لَهُمْ كِتَابٌ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ:

أحدهما: لا؛ لِمَا رُوِيَ أَنَّهُ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ قَالَ: «سُنُّوا بِهِمْ سُنَّة أَهْلِ الْكِتَابِ»(١) وَهَذَا يشعر بأنَّهم ليسوا بأهل كتاب.

وأشبههما: نَعَمْ، لِمَا رُوِيَ عن عَلِيٍّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أنَّه كان لهم كتاب، فبدلوه، فأصْبَحوا، وقد أُسْرِيَ به(٢)، وعلى كلا القولين لا تَحِلُّ مناكحتهم، أما على

(١) أخرجه مالك [١/٢٠٧] في الموطإ والشافعي [١١٨٤] عنه عن جعفر عن أبيه، عن عمر أنه قال: ما أدري ما أصنع في أمرهم؟ فقال له عبد الرحمن بن عوف: أشهد لسمعت رسول الله ﷺ يقول: سنوا بهم سنّة أهل الكتاب، قال مالك: يعني في الجزية، وكذا رواه يحيى القطّان عن جعفر أخرجه أبو عبيد في كتاب الأموال، وهو منقطع لأن محمد بن علي لم يلق عمر ولا عبد الرحمن، وقد رواه أبو علي الحنفي عن مالك عن جعفر عن أبيه عن جده، قال الخطيب في الرواة عن مالك: تفرد بقوله عن جده أبو علي، قلت: وسبقه إلى ذلك الدارقطني في غرائب مالك وهو مع ذلك منقطع، لأن علي بن الحسين لم يلق عمر ولا عبد الرحمن، إلا أن يكون الضمير في جده يعود على محمد، فجده حسين سمع منهما، لكن في سماع محمد من حسين نظر كبير، ورواه ابن أبي عاصم في كتاب النكاح بسند حسن قال نا إبراهيم بن الحجاج نا أبو رجاء جار لحماد بن سلمة نا الأعمش عن زيد بن وهب قال: كنت عند عمر بن الخطاب فذكر من عنده المجوس، فوثب عبد الرحمن بن عوف فقال: أشهد بالله على رسول الله ﷺ لسمعته يقول: إنما المجوس طائفة من أهل الكتاب، فاحملوهم على ما تحملون عليه أهل الكتاب قاله الحافظ.

(٢) أخرجه الشافعي عن سفيان عن سعيد بن المرزبان عن نصر بن عاصم، قال: قال فروة بن نوفل: على ما تؤخذ الجزية من المجوس، وليسوا بأهل كتاب، فذكر القصة في إنكار المستورد عليه ذلك، وفيها فقال علي: أنا أعلم الناس بالمجوس، كان لهم علم يعلمونه، وكتاب يدرسونه، وإن ملكهم سكر فوقع على ابنته أو أخته، فاطلع عليه بعض أهل مملكته، فلما أصبح جاؤوا ليقيموا عليه الحد، فامتنع منهم، فدعا أهل مملكته فقال: تعلمون ديناً خيراً من دين آدم، قد كان آدم ينكح بنيه من بناته، فأنا على دين آدم وما نرغب بكم عن دينه، فبايعوه على ذلك وقالوا من خالفهم، فأصبحوا وقد أسرى على كتابهم، فرفع من بين أظهرهم، وذهب العلم الذي في صدورهم، وهم أهل كتاب، وقد أخذ رسول الله منهم الجزية، قال ابن خزيمة وهم فيه ابن عيينة فقال نصر بن عاصم. وإنما هو عيسى بن عاصم، قال: وكنت أظن أن الخطأ من الشافعي، إلى أن وجدت غيره تابعه عليه، وقد رواه محمد بن فضل والفضل بن موسى، عن سعيد بن المرزبان =

الأوَّل، فظاهر، وأما على الثَّاني، فَإِنَّهُ لا كِتَابَ بأيديهم اليوم، ولا نتيقَّنه من قبل، فنحتاط، وأيضاً، قد رُوِيَ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بنِ عَوْفٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَنِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «أنه قَالَ: «سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ، غَيْرَ نَاكِحِي نِسَائِهِمْ، وَلاَ آكِلِي ذَبَائِحِهِمْ»(١).

وعن أبي إِسْحَاقَ وأبي عُبَيْدِ بْنِ حَرْبَوَيْه؛ أنه تحلُّ مناكحتهم على قولنا: إنه كان لهم كِتَابٌ، وهذا ضَعِيفٌ عند الأصحاب، وإنما ينقدح على ضعفه، إذا قال: من أثبت لهم كتاباً أنه كان متلواً، أو متضمناً للأحكام، وإن قنع من قال به بأصل الكتاب، لزمه مثله في صُحُفِ إِبْرَاهِيمَ عَلَيْهِ السَّلاَمُ، وما في معناها.

فُرُوعٌ:

في نكاح الكتابية هي كالمسلمة في النفقة والقَسْم والطلاق وعلمة أَحْكَام النِّكَاح، نعم لا توارُثَ بينهما، ولا تُغَسِّل الزوج، إذَا اعتبرنا النِّيَّة، في غُسْلِ الميت بناءً على أنه لا يصحُّ منها النية، وإذا طهُرَتْ عن الحيض والنفاس، أَمَرَهَا الزَّوْجُ بالاغتسال، فإن امتنعت، أجبرها عليه(٢)، واستفاد الحلَّ، وإن لم يوجَدُ منها النية للضرورة، كما تجبر

= عن عيسى بن عاصم. قال الشافعي: وحديث علي هذا متصل وبه تأخذ، وهذا كالتوثيق منه لسعيد بن المرزبان وهو أبو سعد البقال، وقد ضعفه البخاري وغيره، وقال يحيى القطّان: لا أستحل الرواية عنه، ثم هو بعد ذلك منقطع، لأن الشافعي ظن أن الرواية متقنة، وأنها عن نصر ابن عاصم، وقد سمع من علي وليس كذلك، وإنما هي عن عيسى بن عاصم كما بيناه وهو لم يلق علياً ولم يسمع منه، ولا ممن دونه كابن عباس وابن عمر، نعم له شاهد يعتضد به أخرجه عبد بن حميد في تفسيره في الحسن الأشيب عن يعقوب العمي عن جعفر بن أبي المغيرة عن عبد الرحمن بن أبزى قال: قال علي: كان المجوس أهل كتاب، وكانوا متمسكين به، فذكر القصة وهذا إسناد حسن، وحكى ابن عبد البرّ عن أبي عبيد أنه قال: لا أرى هذا الأثر محفوظاً، قال ابن عبد البرّ: وأكثر أهل العلم يأبون ذلك، ولا يصححون هذا الحديث، والحجة لهم قوله تعالى: ﴿أن تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا﴾ الآية قاله الحافظ.

(١) قال الحافظ: تقدم دون الاستثناء، لكن روى عبد الرزاق وابن أبي شيبة والبيهقي [٩/ ١٩٢] من طريق الحسن بن محمد بن علي قال: كتب رسول الله ﷺ إلى مجوس هجر يعرض عليهم الإسلام، فمن أسلم قبل، ومن أصر ضربت عليه الجزية، على أن لا تؤكل لهم ذبيحة، ولا تنكح لهم امرأة، وفي رواية عبد الرزاق: غير ناكحي نسائهم، ولا آكلي ذبائحهم، وهو مرسل، وفي إسناده قيس بن الربيع وهو ضعيف، قال البيهقي: وإجماع أكثر المسلمين عليه يؤكده.

تنبيه: تبين أن الاستثناء في حديث عبد الرحمن مدرج، ونقل الحربي الإجماع على المنع إلا عن أبي ثور، ورده ابن حزم بأن الجواز ثبت عن سعيد بن المسيب أيضاً، وأخرج ابن أبي شيبة من طريقه جواز التسري من المجوس بإسناد صحيح، وعن عطاء وطاوس وعمرو بن دينار كذلك.

(٢) أي للحليل إجبارها على ذلك إذا طهرت لتوقف حل الوطء عليه، وقضية هذا أن الحيض لا

المسلمة المجنونة، وعن الحليميِّ تخريجٌ على الإِجبار على الغُسْل؛ أن للسيد إجبار أَمَتِهِ المجوسية، والوثنية على الإِسلام؛ لأنَّ حل الاستمتاع يتوقَّف عليه، والمذهَبُ خلافه؛ لأن الرقَّ أفادها الأمانَ من القَتْل، فلا تُجْبَرُ كالمستأمنة، وليس كالاغتسال، فإنه لا يعظم الأمر فيه، ولا يعتبر فيه تبديلُ الدِّين، وأيضاً، فإن غسلها غسلُ تنظيفٍ لا غسلُ عبادة؛ ألا ترى أنَّها، إذا أَسْلَمَتْ، لا تصلِّي بذلك الغسل؛ والتنظيفُ حقُّ الزوج، فَجَازَ أن يجبرها عليه، والإِسلامُ ليس حَقّاً له، حَتَّى يجْبُرَها عليه، وفرَّق الشيخ أبو عَاصِم بأن المجوسيَّة دخَلَتْ في ملكه، ولأجْله فاشبه ما لو اشترَى جاريةً قد أحرمت، أو شرَعَتْ في الصوم بأَذَنُ السَّيِّدُ، ليس له تحليلها، وههنا كانت الزوجة الكتابيةُ حلالاً له، ثُمَّ طَرَأَ الحيضُ المُحَرِّم، فأمرت برفع أَثَرِه، لكن هذا يخدشه ما إذا نكحها، وهي حَائِضٌ، واختلف كَلاَمُ الشَّافِعِيِّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ في أنه هل يَجْبُر زوجتَهُ الكتابيَّةَ على الغسل من الجنابة، فقال أكثر الأصحاب: هما قولان؛ في قول: يجْبُرها عليه، كما يجبرها على إزالة النجاسات، وفي قَوْلٍ: لا، لأنها لا تتعدَّى، ولا يمنع الاستمتاع، ومنهم من حمل الإِجبار على ما إذا طَالَتِ الْمُدَّةُ، وكانَت النفسُ تعافُهَا، والمنعُ على غير هذه الحالة، وأما المُسْلِمة فهِيَ مجْبُورةٌ على الغسل من الْجَنَابَةِ، هكذا أطلقه في «التَّهْذِيبِ»[1] وتجبر المسلمة والكتابية على التنظيف بالاستحداد، وقلم الظفر، وإزالة شعر الإِبِطِ والأَوْسَاخِ، إذا تفاحش شَيءٌ من ذلك، حَتَّى نفر التواق، وإذا كان بحيث لا يمنع أَصْلَ الاسْتِمْتَاعِ، ولكن يمنع كمالَهُ، فقولان، كما في غسل الجنابة، ويجريَانِ في منْعِ الكتابيةِ مِنْ أَكْلِ لَحْمَ الْخِنْزِيرِ للاستقذار، وفي كل ما يمنع كَمَالَ الاستمتاع، والأصحُّ أنَّ للزوج المَنْعُ منه، وعلى هذا الخلاف المَنْعُ من أكل كل ما يَتَأَذَّى برائحته، كالثُّوم والكرَّات، ومنْهُمْ من قَطَع بجواز المَنْع منه، وله المَنْعُ من شرب ما تَسْكَرُ به؛ لأنها حينئذٍ لا تردُّ يدَ لامِسٍ، وتلتحقُ بالمجنونة، فيختل الاستمتاع، وفي القَدْر الذي لا يُسْكِرِ القولان، ويجريان في منع المسلمة من هذا القَدْر من النبيذ، إذا كانت تعتقد إباحته، ومنْهُمْ مَنْ قَطَعَ بجواز المنع مُطْلَقاً؛ لأنَّ ذلك القَدْرَ لا ينضبط، فإنَّ مِنَ الناس من يتأثر باليسير منه، ومهما تنجس فمها أو عضو آخر، فلا خلاف أنه يجبرها على غسله، ليمكنه [من] الاستمتاع، ويمنعها من لُبْسِ جلد الميتة قبل الدباغ، ولبس مَا لَهُ رَائِحَةٌ كَرِيْهَةٌ كَأَكْلِ مَا لَهُ رَائِحَةٌ كَرِيهَةٌ ويمنع الكتابيةُ من البِيعَ والكنائِسِ، كما تُمْنَعُ المسلمةُ من الجماعات

= يجبرها على ذلك لاعتقاد الحل عند الانقطاع لكن قال القاضي أبو الطيب: لا أعرف أحداً من أصحابنا فرق بين الشافعي والحنفي. قال البلقيني: ووجه أن هذا لا يتوقف عليه كمال الاستمتاع.

(١) قال النووي: ليس هو على إطلاقه، بل هو فيما إذا طال بحيث حضر وقت صلاة، فلما إذا لم تحضر صلاة، ففي إجبارها القولان، وهما مشهوران حتى في «التنبيه». والأظهر من القولين الإجبار.

والمساجِدِ، قوله في الكتاب «والمجوس لا تحل مناكحتهم» أُعْلِم بالواو، وقد ذكر هناك من يقر بالجزية من الأصناف الثلاثة، ومن لا يقر، وهذا سيعود في «كتاب الجزية» إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

قَالَ الغَزَالِيُّ: لَكِنْ إِنَّمَا يَجُوزُ نِكَاحُ كِتَابِيَّةٍ هِيَ مِنْ أَوْلاَدِ بَنِي إِسْرَائِيلَ وَآمَنَ أَوَّلُ آبَائِهَا قَبْلَ التَّحْرِيفِ، فَإِنْ فَقِدَ النَّسَبُ فَفِيهَا قَوْلاَنِ، وَلَوْ آمَنَ آبَاؤُهَا بَعْدَ التَّحْرِيفِ أَوْ شُكَّ فِيهِ فَفِيهَا قَوْلاَنِ، وَإِنْ آمَنَ بَعْدَ المَبْعَثِ أَوْ شُك فِيهِ لَمْ تُنْكَحْ، والتَّهَوُّدُ بَعْدَ بَعْثِ عِيسَى صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَهُوَ بَعْدَ مَبْعَثِ مُحَمَّدٍ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَى وَجْهٍ، وَالصَّابِئُونَ وَالسَّامِرَةُ إِنْ كَانُوا مُلْحِدَةً عِنْدَ اليَهُودِ وَالنَّصَارى لَمْ يُنَاكَحُوا، وَإِنْ كَانُوا مُبْتَدِعَةً حَلَّ نِكَاحُهُمْ، وَقِيلَ قَوْلاَنِ مُطْلَقاً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه مسألتان:

إحداهما: في صفة الكتابية الَّتي يَنْكِحُها المسلم، الكتابية؛ إما ألاَّ تكون من أولاد بني إسرائيل، أو تكون منهم.

القسم الأول: الكتابيَّةُ التي ليست من أولاد بني إسرائيل ولها أحوال:

الحالة الأولى: أن تكون من قَوْمٍ يعلم دخولهم في ذلك الدين قبل تَطَرُّقِ التحريف والنَّسْخ إليه، ففي نكاحها قولان، بَنَوْهما على أن الإسرائيليَّاتِ يُنْكَحْنَ لفضيلتَي الدِّينِ، والنسب جميعاً، أو لفضيلة الدِّين وحدها، والأصحُّ الجوازُ؛ لتمسُّكهم بذلك الدين حين كان حقًّا، ومنهم من قطع بهذا، ولم يُثْبِت الخلاف، وهؤلاءِ يقرُّون بالجزية لا محالة، وحلُّ الذبيحة يجري مجرى المناكحة.

الحالةُ الثانية: إذا كانتْ من قوم يُعْلَمُ دخولَهُم في ذلك الدِّينِ بعد التحريف وقبل النسخ، فإن تمسَّكوا بالحق منه، وتجنَّبوا المحرَّف، فكما في الحالة ألأولَى، وإن دخَلُوا في المحرَّف، فمنهم من قال: في نكاحها قولان أو وجهان، وجه الجواز؛ أن الصَّحَابَةَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ـ تزوَّجوا مِنْهُنَّ، ولم يبْحَثُوا[1]، وجه المنع بطلانُ الفضيلةِ

---

(١) أخرجه البيهقي [٧/ ١٧٢] عن عثمان: أنه نكح ابنة الفرافصة الكلبية، وهي نصرانية على نسائه، ثم أسلمت على يديه، وله عن حذيفة: أنه تزوج كتابية، وفي رواية له: أن عمر أمره أن يفارقها، وفي رواية له: أن حذيفة كتب إليه إحرام هو؟ قال: لا، وروى الشافعي عن جابر: أنه سئل عن ذلك، فقال: تزوجناهن في زمن الفتح بالكوفة مع سعد بن أبي وقاص، فذكر قصة وفيها: نساؤهم لنا حل، ونساؤنا عليهم حرام، ورواه ابن أبي شيبة نحوه، وروى البيهقي من حديث هبيرة عن علي: تزوج طلحة يهودية، ورواه ابن أبي شيبة بلفظ: تزوج رجل من الصحابة، وروي =

بالتحريف، ومنْهُم: من قطع بالمنع، والظاهرُ المنع، ثبت الخلاف، أو لم يثبت، وهل يُقَرُّ هؤلاء بالجزية قَالَ في «التَّهْذِيبِ» لا، وقال غيره: نعم، كالمجوس، وهو أَوْلَى للشبهة.

الحالة الثالثة: إذا كانَتْ من قوم يُعْلَمُ دخولُهم في ذلك الدِّين بعد التحريف والنسخ، فلا يُنْكَح؛ لسقوطِ فضيلته وحرمته بالنسخ، فالَّذينَ تهوَّدوا أو تنصَّروا بعد بعثة نَبِيِّنا محمد ـ صلَّى الله عليه وسلَّم ـ لا يناكَحُون، وفي المتهوِّدين بعد بعثة عيسَى ـ عليه السلام ـ وجهان:

أصحهما: أن الحكم كذلك، ومن قال بالثاني، فإنه يزعم أنا لا نعْلَمُ كيفية نَسْخ شريعةِ عيسَى ـ عليه السلام ـ شريعةَ مُوسَى ـ عليه السلام وأنها نُسِخَتْ كلّها أو بعْضُها؟ وهؤلاءِ كما لا يناكحون لا يُقَرُّون بالجزية.

الحالة الرابعة: إذا كانتْ من قوم لا يُعْلَمُ أنهم دخَلُوا في ذلك الدِّينِ بعد التحريف أو قبله، أو قبل النسخ أو بعده، فيُؤْخَذ في نكاحهم بالأغلظ، ويجوز تقريرُهُم بالجزية تغليباً للحُقَن، وبذلك حكمت الصَّحَابَةُ ـ رضي الله عنهم ـ في نصارَى العَرَب، وهم بهراء وتنوخ وتغلب هذا شرح ما ذكره في الكتاب، وكذلك أطلقه عامَّةُ الأَصْحَابِ من المتقدِّمين والمتأخِّرين، وتركوه عَلى إطلاقه وفيه شيْءٌ لا بُدَّ من معْرفته، لكنْ موْضِع بيانه الفصل التالي لِهَذَا الْفَصْلِ.

القسم الثاني: الْكِتَابِيَّةُ الإِسْرَائِيلِيَّةُ، والذي تناقله الأَصْحَابُ في طرقهم جواز نكاحها على الإِطلاق من غير نظر إلى آبائها أَنَّهُم دخَلُوا في ذلك الدِّينِ قبل التحريف، أو بعده، وليس ذلك لأنه ليس كل إسرائيلية يفرض آباؤها[1] داخِلُون في دِينِهَا قبل التحريف، وإن أشعر به كلام جماعةٍ من الأئمة ـ رَحِمَهُمَ اللَّهُ ـ وذلك؛ لأن إسرائيلَ هو يعقوبُ ـ عليه السَّلامُ ـ وبيْنَه وبيْنَ صاحب التوراة موسَى ـ عليه السلام ـ زمانٌ طويلٌ، ولا نحيطُ علماً بَأَنَّ بني إسرائيل عَلَى كثرتهم دخَلَ كلهم في زمانِ مُوسَى، أو بعده قَبْلَ التحريف، بل في القصص ما يدُلُّ على استمرار بَعْضِهِم على عِبَادة الأوثان والأديان الفاسدة، وبتقدير أَنْ يستمِّر هذا في اليهوديَّات، فلا يستمرُّ في النَّصْرانيَّات؛ لأَنَّ بني إسرائيلَ بعد بعثة عيسَى عليه السلام ـ افترقوا، فَمِنْهُمْ مَنْ آمَنَ بِهِ، ومنْهُم مَنْ صَدَّ عَنْهُ

= أيضاً بسند لا بأس به، عن شقيق قال: تزوج حذيفة امرأة يهودية فكتب إليه عمر: خل سبيلها، فكتب إليه إن كانت حراماً فعلت، فكتب عمر: إني لا أزعم أنها حرام، لكن أخاف أن تكون مومسة، وفي البيهقي عن أبي الحويرث: أن طلح نكح امرأة من كلب نصرانية.

(فائدة) قال أبو عبيد: نكاح الكتابيات جائز بالإجماع، إلا عن ابن عمر قاله الحافظ.

(١) في ب: ما أورده.

فأصر على دِينِ موسَى ـ عليه السلام ـ، ثم من المصرين من تنصر على تعاقب الزمانِ قبل التحْريف وبعده، ولكن كأنَّ الأصحابَ اكْتَفَوا بشرف النَّسَب، وجعَلُوه جابراً لنُقْصَانِ دخُول الآباء في الدِّين بعد التحريف، حتى فَارَقَ حُكْمُهُنَّ حكْمَ غير الإسرائيليات، إذَا دَخَل آباؤهن في الدِّين بعد التحريف واللَّهُ أعْلَمُ.

وأما الدخول فيه بَعْدَ النَّسْخ وبعثة نبيِّنَا ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ فلا يُفَرَّقُ فيه بين الإسرائيليةِ وغيرها، على ما سيَتَّضِح بعد هذا الفصل ـ إن شاء الله تعالى ـ.

وقوله في الكتاب: «إنما يَجُوزُ نِكَاحُ كتابيَّةٍ هي من أولاد بني إسرائيل» ظاهره يقتضي النظر إلى حال الآباء في الإسرائيليَّات أيضاً، حتى يكونُ نكاحُ الإسرائيلية التي دَخَلَ أولُ آبائها في ذلك الدِّينِ بعد التحريف علَى قولين، كنكاح غير الإسرائيلية التي دَخَل آباؤها فيه قبل التحريف ونظم «الوسيط» يقتضي مِثْلَ ذلك أيضاً، لكنْ كلامُ الأصحاب لا يوافِقُه، فأعرفه، وأنْظُرْ؛ كيف يمكنك تنزيلُ لفظ الكتاب على منقول الأصحاب، وأرادُوا بقوله «أول أبائها» الآباءَ الداخلين في ذلك الدِّين، ويجوز أن يُعْلَم قوله «فإن فُقِدَ النسب»، ففيها قولان للطَّرِيقَةِ القاطعة بالجواز، وكذا قوله: «في الصورة الأخرَى قولانِ» للطريقة القاطعة بالمنع.

المسألة الثانية: الصابِئُونَ طَائِفَةَ تُعَدُّ من النصارى، والسامرة[١] طائفة تُعَدُّ من اليهود، وقد نقل عن الشَّافِعِيِّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ توقف [في جواز مناكحتهم، وليس ذلك عند جماهير الأصحاب باختلاف قول لكن أمرهم على][٢] التفصيل، والمنصوص عليه في «الْمُخْتَصَرِ» أنه إن كانوا يخالفون اليهود والنصارى في أصل دينهم، ولا يُبَالُونَ بنصِّ كتابهم، فلا يناكَحُونَ كالمجوسي، وإن كانوا يخالفونهم][٣] في الفروع دُونَ الأُصول، ويُؤَوِّلون نصوصَ كتابهم، فيجوزُ مناكحتهم، وحيث توقف إنما تُوقف، ليعرف مقالتهم، والصابِئُونَ[٤] على ما نقل فِرْقَتان؛ فرقةٌ توافقُ النصارَى في أصول

---

(١) في ز: لأن كل إسرائيلية مأباؤها.

(٢) هؤلاء كانوا يسكنون جبال بيت المقدس وقرايا من أعمال مصر ويتقشفون في الطهارة أكثر من تقشف سائر اليهود أثبتوا نبوة موسى وهارون ويوشع بن نون عليهم السلام وأنكروا نبوة من بعدهم من الأنبياء إلا نبياً واحداً. وقالوا: التوراة ما بشرت إلا بنبي واحد يأتي بعد موسى يصدق ما بين يديه من التوراة ويحكم بحكمها ولا يخالفها إليه، وتشعبت السامرة إلى دوستانية وهم الألفانية وإلى كوستانية، والدتسانية معناها الفرقة المتفرقة الكاذبة، والكوستانية معناها الجماعة الصادقة وهم يقرون بالآخرة والثواب والعقاب وإن شئت مزيد تفصيل فارجع إلى الملل والنحل للهشرستاني (٢/ ٢٣ ـ ٢٤).

(٣) سقط في ز.

(٤) يتوقف الحكم في هذه المسألة على معرفة مذهب تلك الطائفة وهل هي من أهل الكتاب أو من =

. . . .

= غيرهم. ولبيان ذلك نقول الصابىء لغة: قيل إن هذا لفظ ليس بعربي وقيل إنه عربي. وعلى الأخير اختلف فيه. فقيل إنه من صبا معتلاً بمعنى مال. وسمي الصابىء به لخروجه عن الدين الحق إلى الدين الباطل وقيل إنه من صبأ المهموز إذا خرج ومن صبأت النجوم من مطالعها إذا خرجت ومن هنا سمت العرب كل من خرج عن دينه إلى غيره صابئاً.

تحديد مذهب الصابئة: ـ

اضطربت أقوال العلماء فيه. فأقر بها ما حكاه الإمام «الجصاص» في تفسيره أحكام القرآن قال «الصّابئون الذين يعرفون بهذا الاسم في هذا الوقت ليس فيهم أهل كتاب وانتحالهم في الأصل واحد أعني الذين بحران والذين بناحية البطائح في سواد واسط وأصل اعتقادهم تعظيم الكواكب السبعة وعبادتها واتخاذها آلهة وهم عبدة أوثان في الأصل إلا أنه منذ ظهر الفرس على إقليم العراق وأزالوا مملكة الصابئين وكانوا نبطاً لم يجروا على عبادة الأوثان ظاهراً لأنهم منعوهم من ذلك. كذلك الروم وأهل الشام والجزيرة كانوا صابئين فلما تنصر قسطنطين حملهم بالسيف على الدخول في النصرانية فبطلت عبادة الأوثان من ذلك الوقت ودخلوا في غمار النصارى في الظاهر. وبقي كثير منهم على تلك النحلة مستخفين بعبادة الأوثان. فلما ظهر الإسلام دخلوا في جملة النصارى ولم يميز المسلمون بينهم وبين النصارى إذ كانوا كاتمين لاعتقادهم مستخفين بعبادة الأوثان.

ومن الكلام السابق نلمح أن هذه الفرقة: أصلها عبدة أوثان ثم كتمت وثنيتها تقيه وأظهرت التمسك بالنصرانية خوفاً من القتل واضطرت لذلك إبقاء على نفسها.

وقد وردت عن السلف أقوال أخرى في مذهبهم نورد أهمها فروي عن مجاهد وعطاء أنهم قوم لا دين لهم.

وعن قتادة والحسن أنهم قوم يعبدون الملائكة. وعن جماعة آخرين أنهم قوم يعبدون الكواكب. وانقسم هؤلاء إلى فريقين فريق يقول إن خالق العالم هو الله سبحانه وتعالى إلا أنه أمر بتعظيم هذه الكواكب واتخاذها قبلة للدعاء. وفريق آخر قال بأن الله سبحانه هو الخالق لهذه الكواكب وهي مع ذلك المدبرة لما في العالم من خير وشر وصحة ومرض بل أنها الخالقة لها فوجب على البشر لهذا تعظيمه.

وقال قوم: إن الصابئة جماعة تعصبوا للروحانيات واتخذوها واسطة ولما لم يتيسر لهم التقرب بأعيانها. والتلقي منها بذواتها فزعوا إلى هياكلها. وترك جماعة منهم الهياكل وتقربوا إلى الأشخاص.

فمن هنا كانت الفرقة الأولى عبدة كواكب والثانية عبدة أصنام. وقال السدي وجماعة: الصابئة طائفة من أهل الكتاب تلك أشهر أقوال السلف في الصابئة بتدبرها يمكن القول بأن من ذهب إلى أنهم قوم لا دين لهم قد يكون مستندة في ذلك. كون الصابئة لم يثبتوا على عقيدة واحدة. وملة منفردة بل تقلبوا في الدين مع الأهواء، وخضعوا لضغط الظروف فأشبهوا المرتدين والمرتد لا دين له ـ ومن قال أنهم عبدة كواكب أو ملائكة أو تعصبوا للروحانيات. إن أراد أنهم عبدوها حقيقة فهم مشركون على الأقوال الثلاثة. وإن أراد أنهم تقربوا بها إلى خالقهم فهم ليسوا بمشركين.

ولقد وجدت بالبحث في فرق الصابئة أن منهم فرقة تقربت وأخرى عبدت. ومَنْ حَدَّد مذهبهم بأحد الرأيين لعله عرف أمر فرقة وخفي عليه أمور أخرى.

أما من قال إن الصابئة جماعة تقربت بالأشخاص والأصنام ونعتهم بأنهم عبدة أصنام فقول إنما=

. . . .

= يمكن أن صدق على فرقة ثالثة منهم اتخذوا أصنامهم على صور الهياكل السبعة وجعلوها قبلة لعبادتهم. ويحتمل أن يكون القائل إنهم أهل كتاب يبني رأيه على ما ظهر لهم من دخولهم في النصرانية خيفة البطش بهم مع كتمانهم مذهبهم الأصلي.
ثم إذا ما رجعنا إلى أرباب الملل والنحل نجد أبا الفتح الشهرستاني يقول في كتابه الملل والنحل في بحث الصابئة أن مدار مذهب الصابئة على التعصب للروحانيات كما أن مدار مذهب الحنفاء على التعصب للبشر الجسمانيين؛ ولعله يعني بذلك أنه أصل مذهبهم الذي امتازوا به أولاً وحفظوه في صدورهم.
هذا ومن العسير جداً تتبع أطوار مذهب هذه الطائفة لفقدان بعض حلقاتها في بعض الأزمنة والعصور التي مرت عليهم. الأمر الذي يجعل الباحث يركب متن الظن والاحتمال لعدم تمكنه من القطع - ثم إذا ما تصفحنا كتب المذاهب الفقهية لنتعرف منها أقوال الفقهاء في الصابئة نجد أن الإمام أبا حنيفة يرى أنهم قوم من النصارى يقرؤون الزبور ويعظمون الكواكب كتعظيم المسلمين للكعبة. لكنهم يخالفون غيرهم من أهل الكتاب في بعض دياناتهم. وأما المالكية وأبو يوسف ومحمد ابن الحنفية فذهبوا إلى أنهم عبدة أوثان. والشافعية فصلوا فيهم تفصيلاً حاصلة - أنهم إن وافقوا النصارى في أصل الاعتقاد وخالفوهم في الفروع فهم منهم. وإن خالفوهم في الاعتقاد ووافقوهم في الفروع أو شُكَّ في ذلك فليسوا منهم - وفي رواية عن الشافعي أنه توقف فيهم. ولم يقطع برأي لأنه رأى أن مذهبهم مشتبه فعلّق القرار منهم - والحنابلة لهم فيهم قولان - قول كأبي حنيفة. وآخر مفصّل كتفصيل الشافعية.
وقد انبنى على الخلاف السابق بين الفقهاء في مذهب الصابئة اختلافهم في مسألتنا.
حكم تزوج المسلم بالصابئة: -
فذهب الإمام أبو حنيفة والحنابلة في أحد قوليهم إلى جواز مناكحتهم متى كانوا يؤمنون بنبي ويقرون بكتاب - وذهب الصاحبان من الحنفية والمالكية إلى عدم جواز ذلك. أما الشافعية والحنابلة في قولهم الآخر فذهبوا إلى التفصيل فيهم فإن كانوا يوافقون أهل الكتاب في أصل دينهم ويخالفونهم في الفروع فهم منهم تحل مناكحتهم - وإن كانوا يخالفونهم في أصل الدين فلا تحل.
تمسك من قال بالحل: بأن الصابئة كأهل الكتاب إلا أنهم خالفوهم في بعض الفروع فلا يكون ذلك مانعاً لهم من أخذهم حكمهم في حل نسائهم. ولا تكون مخالفتهم مخرجة لهم من دائرتهم. فهم أشبه بأهل البدع من المسلمين لم تكن بدعتهم مانعة لهم من صدق الإسلام عليهم واعتبارهم مسلمين.
وتمسك القائل بالتحريم: -
بأنهم كالمشركين في عبادتهم الأصنام فتحرم نساؤهم لأن المشركات محرمات بالنص.
واحتج المفصلون: بأن الصابئة إذا خالفوا أهل الكتاب في الاعتقاد كانوا مشركين لتوحيد أهل الكتاب دونهم فتحرم نساؤهم كالمشركين. وأما إن خالفوهم في الفروع دون الاعتقاد فلا يضر ذلك في أخذهم حكم أهل الكتاب في حل النساء. إذ مخالفتهم غير معتبرة في حق حكم التزوج فإن شك في أمرهم غلب جانب الحرمة على جانب الحل فتحرم نساؤهم احتياطاً في حق الأبضاع.
وقد أجيب عن دليل القائلين بالتحريم. =

الدِّين، وأُخْرَى تخالفهم، فتعْبُدُ الكواكب السبعة، وتضيف الآثار إليها، وتنفي الصانِعَ المخْتَارِ، وهم الذين أَفْتَى الإِصْطَخْرِيّ بقتلهم؛ لَمّا استفتى الْقَاهِرُ الْخَلِيْفَةُ الْفُقَهَاءَ فيهم.

وعن رواية الشيخ أبي عَلِيّ: أن بعض الأصحاب أَطْلَقَ قولَين في مناكحةِ الصابِئِينَ والسَّامِرة، وهذا ما أورده في الكتاب بقوله: «وقيل قولان مطْلقا» قال الإمامُ ـ رحمه الله ـ: ولا مجال للتردُّد في الذين يُكَفِّرُهُمُ اليهود والنصارى، ويخرجُونَهُم من جُمْلَتِهِم، نعمْ يمكن التردُّد في الذين ينزلونهم منْزِلَةَ المبتدعة فِينَا، ولا يكفِّرونهم.

قال: ولَيْسَ هذا تَعْرِيضاً بتحريم نكاح المبْتدعَةِ فِينَا لكوْننا لم نكفِّرْهم بالسَّمْع ولم يثبت سمع في المبتدعة الأوَّلِينَ، وإذا شَكَكْنا في جماعةٍ أنهم يخالفونَهُمْ في أصول الدِّين، أو فروعه، لم نناكِحْهم.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **(فَرْعٌ) لَوْ تَنَصَّرَ يَهُودِيٌّ يُقَرُّ فِي قَوْلٍ، وَلاَ يُرْضَى مِنْهُ إِلاَّ بِالسَّيْفِ (ح) أَو الإِسْلاَمِ فِي قَوْلٍ، وَيُرْضَى بِالإِسْلاَمِ أَوِ العَوْدِ إِلَى التَّهَوُّدِ فِي قَوْلٍ، فَإِنْ قُلْنَا: لاَ يُقَرُّ فَهَلْ يُلْحَقُ بِمَأْمَنِهِ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ، وَكَذَلِكَ لَوْ تَوَثَّنَ يَهُودِيٌّ تَجْرِي الأَقْوَالُ إِلاَّ أَنَّهُ لاَ يُقَرُّ عَلَى التَّوَثُّنِ بِحَالٍ وَيُقْنَعُ مِنْهُ بِالتَّنَصُّرِ عَلَى قَوْلٍ، وَلَوْ تَنَصَّر وَثَنِيٌّ فَلاَ يُقْنَعُ مِنْهُ إِلاَّ بِالإِسْلاَمِ، وَلَوِ ارْتَدَّ مُسْلِمٌ فَلاَ يُقْنَعُ مِنْهُ إِلاَّ بِالإِسْلاَمِ أَو السَّيْفِ، وَتَتَنَجَّزُ الْفُرْقَةُ بِهَا قَبْلَ المَسِيسِ (ح)، وَيَتَوَقَّفُ بَعْدَ المَسِيسِ إِلَى انْقِضَاءِ العِدَّةِ، فَإِنْ أَسْلَمَ قَبْلَهَا دَامَ النِّكَاحَ وَإِلاَّ فَتَتَبَيَّنُ الفُرْقَةُ مِنْ وَقْتِ الرِّدَّةِ.**[1]

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مقصود الفصل الكلامُ في الانتقال من دِينٍ إلى دِينٍ، وذلك، وإنْ لم يختصَّ بالنكاح، لكن للنكاح مَنْهُ حَظٌّ ظَاهِرٌ، فنَذْكُره في بيان حظِّ النكاح منه، فنقول: الانتقال؛ إما أن يفرض من دِينٍ باطِلٍ إلى دين بَاطِلٍ، أو من الحَقِّ إلى الباطل، أو بالعكس.

= بأن الصابئة ما عظموا الكواكب واستقبلوها في دعائهم وعبادتهم تعظيم عبادة لها. ولكن تعظيم احترام وإجلال. وليس هذا بمدخلهم في الشرك. ومثلهم في ذلك المسلمون في تعظيم الكعبة والاستقبال إليها عند الدعاء لم يكن ذلك بمخرجهم عن دائرة الإسلام.

هذا: ويظهر لي أن اختلاف الفقهاء ليس باختلاف حقيقي إذ يمكن أن نقول: إن الأمام أبا حنيفة قال بحل تزوج النساء الصابئات بناءً على ما ظهر له من حال فرقة وقف على أمرها كانت تقطن العراق ـ أما الفقهاء القائلون بالتحريم فيمكن أن يقال إنهم ذهبوا إلى ذلك بناءً على ما اطلعوا عليه من أمر فرقة أخرى توافق عبدة الأوثان. وقد يجوز أن تكون نقل إليهم شيء عن حالهم حكموا بناءً عليه ـ ولا يبعد أن تلك الطائفة التي نقلت إليهم أو اطلعوا عليها أن تكون خلاف الطائفة التي عرفها الإمام أبو حنيفة. لو أنهم اطلعوا على طائفة واحدة لاتفق حكمهم في الصابئة.

(١) سقط في ز.

أما القسم الأَوَّلُ: الانتقال من دينِ باطِلٍ إلى دِينِ بَاطِلٍ فإمَّا أنْ يَكُونَ الانتقالُ من دينٍ يُقَرُّ أهله عليه إلى دينٍ يُقَرُّ أهله عليه، أو ممَّا يُقَرُّ عليه إلى ما لا يقر، أو بالعَكْسِ، فهذه ثَلاَثَةُ أَضْرُبٍ، ولا غرض لَنَا في الرابع الذي يُؤَدِّي إليه التقسيم.

أمَّا الضَّرْب الأَوَّلُ: فَإِذَا تنصَّر يهوديٌّ، أو تَهَوَّدَ نَصْرَانِيٌّ، فَهَلْ يُقِرُّ بِالْجِزْيَةِ، على ما انْتَقَلَ إليه؟ فِيهِ قَوْلاَنِ:

أَحَدُهُمَا: لا؛ لأنَّهُ أَحْدَثَ دِيناً بَاطِلاً بعد اعترافه ببطلانه، فلا يُقَرّ عليه، كما إذَا ارتدَّ المسلم.

والثَّانِي: يُقَرُّ، لتساوي الدِّينَيْنِ بالتقرير بالجزية، وفي كونهما على خِلاَفِ الْحَقِّ، وليس كالمسلم يرتد؛ لأنه تَرَكَ الدِّينَ الْحَقَّ، وهذا أَصَحُّ عند القاضي أَبِي حَامِدٍ وَصَاحِبِ «التَّهْذِيبِ» وبه قال أَبُو حَنِيفَةَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ وهو نصه في «الْمُخْتَصَرِ» والقولان فيما ذَكَرَتْ طائفةٌ، منهم صَاحِبُ «التَّتِمَّةِ» مبنيان عَلى أن الكفرَ ملةٌ واحدةٌ، أو مِلَلٌ مختلفةٌ، إنْ قُلْنَا: مَلِلٌ، لم يُقَرَّ، وإن قُلْنَا: مِلَّةٌ واحدةٌ، أُقِرَّ كما يقر المسلم، إذا انتقل من مذْهَبٍ إلى مَذْهَبٍ، ولك أن تَقُولَ: لو كان هذا أَصْلاً لِمَا بَنَى عليه هذان القولان، لأَثْبَتْنَا مثْلَهُمَا قولَيْن في التوارُثِ بين اليهود والنصارى، وليس كذلك على ما بيَّنَّا في «الفرائضِ»، ثُمَّ حكَيْنا هُنَاكَ أَنَّ بعْضَهم خَرَّج وَجْهاً في منْع التوارث من قوْلنا: أنه لا يقر واستدل به على أن الكفر ملل مختلفة، وفرق بين أن يستدل بقولنا لا يُقَرُّ على اختلاف، وبين أن يبني قولنا لاَ يُقَرّ على الاختلاف، ويُجْعَلُ ذلك أصلاً راسخاً.

التفريع: إن قلنا يُقَرّ فذبيحته حَلاَلٌ، ولو كان هذا الانتقالُ من امرأة، حلَّ للمسلِم نكاحُها، ولو انتقلتْ في دوامِ نكاحِ مسلمٍ، فلا يتأثر به، وإن قلنا: لا يُقَرُّ، لم تحلَّ الذبيحة، ولا النكاح، ولو انتقلت في دوام نكاح مسلم، فهي كالمسلمة ترتد، حتى تتنجز الفرقة، إن كان قبل الدخول وتتوقَّف على انقضاء العدة، إن كان بَعْدَه، وعلى هذا فقولان:

أَحَدُهُمَا: أنَّه لا يقبل منه إلا الإِسْلاَمُ لأنه أقَرَّ ببطلان المنتقل عَنْه، وكان مُقِرّاً ببطلانِ المُنْتَقَلِ إِلَيْهِ.

والثاني: أنه، لو عاد إِلَىٰ ما كان عليه قيل: لتساوى الدِّينَيْنِ في الحُكْم، والأولُ أظهرُ عند الإِمام؛ توجيهاً بأَن ذلك الدِّينَ قد زال، فعَوْدُه إليه انتقالُ منه إليه، فلو منَعْنا منْه بالانتقال إليه، لأَقْرَرْنَاهُ عَلَى ما انتقل إِلَيْهِ أَوَّلاً، فَإِنْ أَبَى ألإِسْلاَمَ عَلَى الْقَولِ الأَوَّلِ، أو الإِسلام وَالعَوْدَ على ما كان علَيْه جميعاً عَلى القول الثاني، فقولان، ويقال وجهان:

أَحَدُهُمَا: أنَّه يقتل كالمُسْلِم يرتد، ويشهد له ظَاهِرُ قَولِهِ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ: «مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ».

وأشبههما: لا، بل يُلْحَق بِمَأْمَنِهِ كَمَنْ نَبَذَ الْعَهْدَ إِلَيْنَا، ثُمَّ هُوَ حَرْبٌ لَنَا، إِن ظَفِرْنَا بِهِ، قَتَلْنَاهُ، وَإِنْ انْتَقَلَ يَهُودِيٌّ، أو نَصْرَانِيٌّ إلى المجوسية، هَلْ يُقَرُّ بالجزية.

فيه القولان، وَحَكَى أَبُو الْفَرَجِ الزاز طَرِيقَةً قَاطِعَةً بالمنع لكون الْمُنْتَقَلِ إِلَيْه دون الأَوَّل، فَإِن قلْنا: لا يُقَرُّ، ففي القناعة منه بالعود إلى ما كان عليه القولان، وإذا أَبَى، ففِي القَتْلِ أو الإِلحاقِ بِالْمَأْمَنِ، القولان، وَعَلَى كُلِّ حَالٍ، فلا تَحِلُّ ذَبِيحَتُهُ، ولا النِّكَاحُ، إنْ كان هَذَا الانتقال من امْرَأَةٍ، ولو كانت في نكاح مسلم، تنجزت الفرقة، إن كان قبل الدخول، وَإِلاَّ، فَإِنْ أسلمت قبل انقضاء العدة، أو عادت إلى ما كانت عليه وقنعنا به دام النكاح بينهما، وإلاَّ، بانَ حُصُولِ الفُرْقَة من وقت الانتقال، ولو تمجّست كتابيةٌ تحت كتابي، فَإِن كانوا لا يعتقدون جوازَ نكاحِ المجوس، فكما لو تمجَّسَت تحت مسْلِم، وإلاَّ، فنقرُّرهما، إِذَا أَسْلَمَا، ولو تهوَّد أو تنَصَّر مَجُوسِيٌّ، ففي التقرير القولان، وإذا لم نقرِّر، فالتفريع كما سبق، ولا تحلّ ذبيحته، ومناكَحَتُهُ بحال؛ لأن الانْتِقَالِ، من دِينٍ بَاطِلٍ إِلَى دِينٍ بَاطِلٍ لا يفيد فَضِيلَةً لم تكن، وعند أَبِي حَنِيفَةَ يفيدها.

الضرب الثاني: لو [توثن][1] يهوديٌّ، أو نصرانيٌّ، لم يُقَرَّ عليه؛ لأن الانتقالَ من دينٍ، بَاطِلٍ إِلَى دِينٍ بَاطِلٍ، يُبْطِلُ الفضيلة التي كانَتْ، وهل يقنع منه بالعَوْد إِلَى ما كان عليه أم لا يُقْبَلُ منه إلا لإِسلام؟ فيه القولان السابقان، وها هنا قَوْلٌ ثَالِثٌ، وهو أنه يُقْنَعُ منه بالانتقال إِلَى دِينٍ آخَرَ يساوِي المنتقل عنه؛ بِأَنْ كان يهودياً، فَتَنَصَّرَ الآن، أو بالعَكْس، وإذا وجد هذا الانْتِقَالَ من كتابيَّة تحت مسْلِم، انفسخ النكاح، إن كان قبل الدخول، وإن كان بعْده، فإن رجَعَتْ إلى الإِسلام قبل انْقضاء العدة، أو إِلَى ما انتقلتْ عنه في القوْلِ الثاني، أو إِلَى ما يساويه في القول الثالث، [استمر][2] النكاح، وتبين الفراقُ من وقْت الانتقال، ولو تَوَثَّنَ مَجُوسِيٌّ، لم يُقَرَّ عليه، وفي القناعة منه بالعَوْد إلى ما كان عليه القولان، وقِيَاسُ الْقَولِ الثَّالِثِ في الصورة الَّتي مَضَتْ أنْ يقنع منه بالتَّهَوّدِ، والتَّنَصّرِ؛ لأن كُلاًّ منهما خَيْرٌ من التمجُّس.

الضرب الثالث: لو تهوَّد أو تنصَّر أو تمجَّس وَثَنِيٌّ، لم يُقَرُّ عليه، يُقْبَلُ مِنْهُ إلا الإِسْلاَمُ؛ كالمرتد[3]؛ لأنه كان لا يُقَرُّ، فلا يستفيدُ هذه الفضيلةَ من الدِّينِ الباطلِ الذي انتقل إليه.

---

(١) سقط في ز.
(٢) في ز: اسم.
(٣) قال الأذرعي: هذا الكلام يقتضي أنه إن لم يسلم قتلناه كالمرتد، والوجه أن يكون حاله كما قيل الانتقال حتى لو كان له أمان لم يتغير حكمه بذلك، وإن كان حربياً لا أمان له قتل إلا أن يسلم وهذا واضح انتهى.

وإذا تأمَّلْتَ حكم هذه الأَضْرُبِ عَرَفْتَ أَنَّ الانتِقَال من دِينٍ بَاطِلٍ إلَى دِينٍ بَاطِلٍ، يُبْطِلُ الفضيلة التي كانت في الأول ولا يفيد فضيلة لم تكن في الأول ولكن تبقى الفضيلة الَّتي يشرّك فيها الدينان على قوْلنا بالتقرير، وعرفت أن كلامَهُم المطْلَقَ في الفصل الذي تقدّم أنَّ مَنْ دَخَلَ في التهوُّد والتنصُّر بعد النَّسْخ والتَّبْدِيل لا يناكح، ولا يُقَرُّ بالجزية، غَيْرُ مستمِرٍّ على إطلاقه؛ لأن من تهوّد أو تنصّر اليوم، فَقَدْ دَخَلَ في ذلك الدِّينِ بعْد الفسخ والتبديل، فقد بَانَ الْخِلاَفُ في أنّه هل يناكح؟ وهل يُقَرُّ بالجزية مهما كان الدُّخُول في دِينٍ يُقَرُّ أهلُه عليه؟ فإذن إطلاقهم هناك وجزمهم بالمنع محمولٌ على ما إذا كان الدُّخُولُ منه في دِينٍ لا يُقَرُّ عليه، كالتَّوَثُّنِ، وهذا هو البيانُ الذي سبق الوَعْدُ به.

وقوله في الكتاب «ولا يرضى منه إلا بالسيف أو الإسلام»، مُعْلَم بالحاء، لما مَرَّ أَنَّ أَبَا حَنِيْفَةَ يقول بالقول الأوّل.

وقوله: «ونرضى بالإِسْلامِ أو بالعَوْد إلى التهوُّد» معناه أنا نقْنَع، ونكفُّ عنه بالعود إلى التَّهوُّدِ، وإلا، فكيف نرضى بالكفر، ولا نقول في شيء من هذه الصور: أَسْلِمْ أو عُدْ إلَى ما كنت عليه، بل لا نَأمُرُهُ إلاَّ بالإسلام، لكن نتركه لو عاد إلى غيره.

القسم الثاني: الانتقالُ من الدين الْحَقّ إلى دين باطل بأن يرتدَّ المسلم، والعياذ بالله عزَّ وجلَّ، فلا يُقْبَلُ منه إلاَّ الإسلامُ، فإن أَبَى، قُتِلَ على ما سيأتي في الجنايات، إن قَدَّرَ اللَّهُ عز وجلّ، ولا يحلُّ نكاح المرتدة لا لِلْمُسْلمين ولا للكفار، أَمَّا للمسلمين؛ فلأنها كافرةٌ لا تُقَرُّ، وأَمَّا للكفار؛ فلبقاء عُلْقَة الإسلام فيها، وإذا ارتَدَّ في دوام النكاح أَحدُ الزوجَيْنِ نُظِرَ إِنْ كان قبل المَسِيسِ تنجَّزت الفُرْقة، وإن كان بعده يُوقَف النِّكَاح على انقضاء العدة، فإن جمعهما الإسلام قبل انقضائها، استمر النِّكاحُ، وإلاَّ، تبين الفرقة من وقت الردة، وبهذا قَالَ أَحْمَدُ وقال أَبو حَنِيْفَةَ ـ رحمه الله تنجز الفُرْقة، سواءً كان ذلك قبل المسيس، أو بعده وعن مَالِكٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ روايتان كالمذهبين.

لنا: أنه اختلافُ دِين طرأ بعد المَسِيسِ، فلا يوجب الفسْخَ في الحال؛ كإسلام أحد الزوجَيْنِ الكافرَيْنِ، ولو ارتدَّا معاً، فالحكم كما لو ارتد أحدهما، وبه قَالَ مَالِكٌ وَأَحْمَدُ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ـ.

وَقَالَ أبو حَنِيْفَةَ ـ رَحِمَه اللَّهُ ـ يستمر النِّكَاحُ بينهما، كما لو أَسلم الزوجان الكافران.

واحتجَّ الأَصْحَابُ بأنها رِدَّةٌ طَرَأَتْ على النكاح، فتعلّق بها الفسخُ كارتداد أَحدهما، وبأنَّ ردَّتهما أفحشُ من ردَّة أحدهما، فأولَى أَن يتأثر بها النكاح.

قالوا: وليْسَتْ رَدَّةُ الزوجين كإِسْلاَمهما؛ لأنهما إذا أسْلَما، مكنا من الوطء بخلاف ما إذا أسلم أحدهما، وإذا ارتدًا، لم يمَكَّنا، كما لو ارتدَّ أحدهما، فخالف حكم إسلامهما حكم إسلامِ أحدهما، ولم يخالفْ حكم [ردتها حكم ردة أحدهما][1].

إذا عرف ذلك، فمهما حَكَمنا بالتوقُّف، لم يجز الوطء لكن لو جَرَى، لم يجب الحدُّ، ووجبتِ العدَّةُ، وهما عدتان من شَخْصٍ وَاحِدٍ، فهو بمثابة ما لو طَلَّقَ امْرَأَةً، ثم وطئها في العِدَّةِ، وسيأتي حكْمُهُ في «باب العدة» إن شاء الله تعالى، وليكنِ اجتماعُهُمَا في الإِسْلام ههنا بمثابة الرجعة هناك، حَتَّى يَسْتَمِرَّ النكاح إذا جمعهما الإِسلام في الحالات التي يحكم فيها بثبوتِ الرَّجْعة هناك، والقولُ في أنه، هل يجب مَهْرٌ بهذا الوطء في حكم مهرِ النكاح، إذا انفسخ بالردَّة، قد تعرض له في الكتاب في غير هذا الموضع، ولو طلَّقها في مدة التوقُّف، أو ظاهر منها أو آلى تَوَقَّفْنَا، فإنْ جمَعَها الإِسْلاَمُ قبل انقضاء مدة العدة، تبيَّنَّا صحَّتَها، وإلاَّ، فَلاَ، وليس للزَّوْج، إذا ارتدَّتِ الزوجة أن ينكح في مدة التوقُّف أختها، ولا أربعاً سواها ولا أن ينكح أَمَةً، وإن كان ممَّن يجوز له نكاح الإِماء؛ لاحتمال عودها إلى الإِسْلاَم واستمرار النكاح، فإن طلَّقها ثلاثاً في مدة التوقُّف، أو خالَعَها، جاز له ذلك لأنها إنْ لم تعُدْ إلى الإِسلام فقد بانت ينقض نكاحها من وقت الرِّدَّةِ، وإنْ عادَتْ، فمن وقت الطلقات الثلاث، أو الخُلْعِ.

القسم الثالث: الانتقالُ من دِينٍ بَاطِلٍ إلى دينٍ حق، وفيه يقَعُ «بَابُ نِكَاحِ المشركات» اللاتِي عَلَى الأثر.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَلَوْ تَوَلَّدَ بَيْنَ مَجُوسِيٍّ وَيَهُودِيٍّ وَلَدٌ لَمْ يُنْكَحْ فِي قَوْلٍ؛ لِغَلَبَةِ التَّحْرِيم، وَنُظِرَ إِلَى جَانِبِ الأَبِ فِي قَوْلٍ، وَيَتَّصِلُ بِهَذَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: من أَحدُ أبويه كتابِيٌّ، والآخَرُ وثنيٌّ أومجوسي يَقَرُّ بالجزية على الصحيح من خلاف سيأتِي في «كتاب الجزية» إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، أَمَّا مناكحته، أو مناكحة مَنْ أَحَدُ أبويه يهوديٌّ أو نصرانيٌّ، والآخر مجوسيٌّ، فيُنْظر؛ إن كان الأَبُ كتابياً، فقولان:

أحدهما: ويُحْكَى عن مَالِكٍ - (رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ) - أَنَّها تَحِلُّ؛ لأَنَّ الانتساب إلى الأَبِ، والأبُ كتابيّ.

وأصحهما: المنع، وبه قال أحمد؛ تغليباً للتَّحْرِيم، كما أن المتولِّد بين المأكول وغير المأكول حرامٌ وإنْ كانتِ الأُمُّ كتابيَّةً، لم تحلَّ؛ قولاً واحداً وبه قال أَحْمَدُ.

وقال أبو حنيفة: تحلُّ، سواءٌ كان الأَب كتابياً، والأُمُّ كتابيةً، ويجعل تبعاً لخير

(١) في ز: رده أحدهما حكم ردتهما.

الأَبوين دِيناً، كما لو كان أَحدُ الأَبَوَين مُسْلماً يحكم بِإسلامِ الوَلَد.

[و] قال الأَصحاب: الفَرْق أن الإِسلام يعْلو ويغلب سائر الأديان، وسائر الأَديان تتقاوم، ولا تَغْلِبُ بعَضُها بعضاً، ولهذا قُلْنا: إنَّ الكفر كلَّه ملةٌ واحدةٌ، وعبر الشَّافِعِيُّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ عن هذا المعْنَى بأنَّ الإِسْلامَ لا يَشْرَكُه الشِّرْك، والشِّرْكُ يشركه الشرك، والحُكْمُ في حلِّ الذبيحة كهو في حل المناكحة، ثم ما ذكرنا من المنع جزماً، فيما إذا كانت الأَمُّ كتابيَّة، وعلى أحد القولين، إذا كان الأَب كتابياً في صفر المتلوِّد منهما، أمَّا إذا بلغ وتَدَيَّن بدِينِ الكتابيِّ من أبويه، فعن الشَّافِعِيِّ ـ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ ـ أنه يحلُّ مناكحته وذبيحته، واختلف فيه الأَصحاب على ما نقله صاحب «التَّهْذِيب» منهم من أثبته قولاً، ووجَّهه بأن فيه شعبةً مِنْ كلِّ واحد منهما، لكنَّا عَلَّينا التحريمُ ما دام تبعاً لأَحدِ الأَبَوَيْنِ، فإذا بلغ واستقل، واختار الكتابية، قَوِيَتْ تلك الشعبة.

ومنهم من قَالَ: لا تحلُّ ذبيحته ومناكحته بعْد البلوغ أيضاً، كالمتولِّد من المجوسيَّيَن وحملوا مَا نُقِلَ عَنِ الشَّافِعِيِّ: رَضِي اللَّهُ عَنْهِ ـ على ما إذا كان أحد أبَوْيِهِ يهوديّاً، والآخَرُ نصرانياً، فبلغ، واختار دِينَ أحدهما، والمتولِّدُ من يهوديٍّ ومجوسية، إذا بلغ واختار التمجس، فالحكاية عن القَفَّالِ أنه يُمَكَّنُ منه، ويجري عليه حكْمُ المجوس، بخلاف من تولَّد من مسلمٍ ويهودية؛ حيث يلزمه التمسُّك بالإِسلام بعد البلوغ.

وقَالَ الإِمام: لا يُمنع أن يقال: إذا أثبتنا حكم اليهود في الذبيحة والمناكحة، فنمنعه من التمجُّس، إذا منعنا الكافر من الانتقال من دين إلى دِينٍ.

وقولهُ في الكتاب: «ولو تولد من بين مجوسية ويهوديٍّ ولَد من كذا» هو في بعض النسخ، وفي بعضها من «بين مجوسيٍّ ويهوديٍّ» وهما صحيحان.

أما الأَول فظاهر وأما الثاني، فالتقدير من بين شخصٍ مجوسيٍّ، والآخر يُهوديٌّ، وذلك يشمل ما إذا كان الأَبُ يهودياً وما إذا كانت الأُمُّ يهوديَّةً، وَنَحْنُ في قَوْلٍ نحكم بالتحريم في الطَّرَفين، وفي قول، ننظر إلى الأَب، ونثبت حكْمَه في الولد، واللَّهُ أعلَمُ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: ويتصلُ بهذا:

بَابُ نِكَاحِ المُشْرِكَاتِ، وَفِيهِ فُصُولٌ

(الأَوَّلُ فِيمَا يُقَرُّ عَلَيهِ الكَافِرُ مِنَ الأَنْكِحَةِ) وَمَهْمَا أَسْلَمَ كَافِرٌ عَلَى كِتَابِيَّةٍ قُرِّرَ عَلَيهِ، وَإِنْ أَسْلَمَ عَلَى وَثَنِيَّةٍ أَوْ مَجُوسِيَّةٍ، فَإِنْ أَسْلَمَتْ مَعَهُ قَبْلَ المَسِيسِ اسْتَمَرَّ النِّكَاحُ، وَكَذَلِكَ (م ح) إِنْ أَسْلَمَتْ بَعْدَ المَسِيسِ وَقَبْلَ انْقِضَاءِ العِدَّةِ، وَكَذَلِكَ الحُكْمُ لَوْ كَانَتْ هِيَ السَّابِقَةَ إِلَى الإِسْلاَمِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: عَرَفْتَ كيفيَّة اتصالِ الباب بما سبق، وترجمته بـ «نكاح المشركات» ليست أولَى من ترجمته نكاح المشركين، والشَّافِعِيُّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ وَأكثر الأصحاب ترجموه بـ «نِكاح المشرك» ومقصوده مُودَعٌ في فصولٍ:

الفصل الأول: فيما يُقَرُّ عليه الكافرُ، إذا أسلم من الأَنكحة الجارية في الكفر، فإذا أَسلم كافِرٌ، وتحته كتابيةٌ أَو اثنتان إلى أربع، استمر النكاح؛ لجواز نكاح الكتابية في الإِسْلاَم ابتداءً، ولا فرق في ذلك بين اليهوديِّ والمجوسي ولا بين الحربيِّ والذميِّ.

وإن أَسلمَ، وتحته مجوسية أَو وثنية، أَو مَنْ لا يجوزُ له نكاحُها من الكافرات، وتخلَّفت هي، نُظِرَ؛ إن كان ذلك قبل المسيس، تنجزَّتَ الفرقة بينهما، وإن كان بعْده، فإن أَسلمتُ قبل انقضاء مدة العدة، استمر النكاح، وإلاَّ تَبَيَّنَ حصول الفرقة من وقْت إسْلام الزوج.

ولو أَسلمتِ المرأةُ، وأَقرَّ الزوج على الكفر، أيَّ كفر كان، فالحكم كما لو أَسلم الزوج، وأصرَّتْ هي على التمجُّس أو التوثُّن، فقيل: المسيس تتنجز الفرقة، وبعده يُنْظَر؛ إن أَسلم الزوْجُ قبل أن تنقضي مدة العدة، استمر النكاح، وإلاَّ تبينَّ حصول الفرقة من وقت إسْلاَمها.

ولو أَسلم الزوجَانِ الكافران معاً، لم يقْتَضِ تبديلُهُما الدِّين ارتفاعَ النكاح، ويَسْتَوِي فيه جميعُ أنواع الكُفْر وما قبل المسيس وما بعده، والاعتبارُ في الترتيب والمعيَّة بآخر كلمة الإِسلام لا بأولها.

وقال مالك ـ (رضي الله عنه) ـ: إن سبقَتِ المرأةُ إلى الإِسْلام، فالحكم على ما ذكرنا، وإنْ سبَقَ الرجُلُ عرض عليها الإِسْلام في الحال، فإن أَسلمتْ، استمَرَّ النكاح، وإلا، انفسخ في الحال.

وعند أَبي حَنِيْفَةَ: إذا أَسلم أَحدهما، وهما في دار الإِسلام، يُعْرَضُ الإِسلام ثلاثاً على المتخلِّف منهما، فإن أَبى، فُرِّقَ بينهما، ويتكون الفُرْقة طلاقاً إن كان الإباء من الزَّوجِ؛ وفسخاً، إن كان من الزوجة، وإن كانا في دار الحرب، وقف إلى انقضاء ثلاثِ حيضٍ، إن كانت المرأةُ من ذوات الأقراء أَو ثلاثة أَشهرٍ، إن لم تُكن، وإن لم يجتمعا على الإِسلام إلى انقضائها، حَصَلَت الفرقة وتستأنف العدة، إن كان مدخولاً بها، وإذا دَخَلَ الذي أَسْلَم منهما دار الإِسلام، والمتخلف في دار الحرب، حَصَلَتِ الفُرقةُ في الحال؛ لاختلاف الدارَيْن، وكذا، لو كانا في دار الإِسْلام، فالتحق الكافرُ بدارِ الحرب.

قال: وكذلك، لو الْتحَقَ الذميُّ بدار الحرب ناقضاً للعَهْد، وامرأته في دار الإِسلام، حصَلَتِ الفُرْقة بينهما، وكذلك لو كانَ الزوْجَان في دار الحربِ، فدخل الزوج

دار الإسلام، وعقد الذمة لنفسه، والمرأةُ في دار الحَرْب، تحصُل الفرقة بينهما، ولا فَرْقَ عنده فيما قبل المسيسِ، ولا ما بَعْده، وعن أَحْمَدَ روايتان:

أظهرهما: مساعَدَتُنا.

والثانية: أنه إذا أسلم أحدهما دون الآخر، انفسخ النكاح؛ سواءٌ كان ذلك قبل الدخول أو بعده، واحتج الأصحابُ علَى مَالِكٍ ـ (رَضِي اللَّهُ عَنْهُ ـ بالقياسِ علَى إسلام الزوجة، وعلَى أَبي حنيفة بما رُوِيَ أن أَبا سفيانَ وحَكِيم بْنَ حزام أَسْلَمَا بِمَرِّ الظَّهْرَانِ، وَهُوَ مُعَسْكَرُ الْمُسْلِمِينَ، وَامْرَأَتَاهُمَا بِمَكَّةَ وَهِيَ يَوْمَئِذٍ دَارُ حَرْبٍ ثُمَّ أَسْلَمَتَا مِنْ بَعْدُ وَأَقَرَّ النِّكَاحُ، وبِأَنَّ صفوانَ بْنِ أُمِيَّة، وَعِكْرَمَةَ بْنَ أَبِي جَهْلٍ ـ رضي الله عنهما ـ هَرَبَا كَافِرَيْنِ إِلَى السَّاحِلِ حِينَ فُتِحَتْ مَكَّةُ وَأَسْلَمَتْ امْرَأَتَاهُمَا بِمَكَّةَ وأخذتا الأَمَانَ لِزَوْجَيْهِمَا، فَقَدِمَا، وَأَسْلَمَا، فَرَدَّ النَّبِيُّ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ امْرَأَتَيْهِمَا»[1].

ولو نكح الكافر لابنه الصغير صغيرة، فإسلام الأَبَوَيْنِ أَو أَحدهما قبل بلوغهما فهو كإسلام الزوجَيْن أو أحدِهِما.

ولو نَكَحَ لابنه الصغير بالغةً، وأَسْلَمَ أَبو الطِّفْل والمرأةُ معاً؛ قال في «التَّهْذِيبِ»: يَبْطُلُ النكاح؛ لأَن إِسْلاَمَ الولَدِ يَحْصُلُ عَقِيبَ إِسلام الأَب، فتقدّم إِسلامهما إِسلام الزوج، لكنْ ترتُّبُ إِسلامِ الابن عَلى إِسلام الأَب لا يَقْتَضِي تقدُّماً ولا تأَخُراً بالزمان، فلا يظهر تقدُّم إِسلامهما عَلى إسلام الزوج[2].

قال: وإن أَسلَمَتْ عَقِيبَ إِسلام الأَب يبطل أَيضاً؛ لأَن إِسلام الولد يحصل حكماً وإسلامها يحصل بالقول، والحُكْمِيُّ يكون سابقاً على القوليّ، فلا يتحقّق إسلامهما معاً.

وحيث توقَّفنا في النكاح، وانتظرنا الحال إِلى انقضاء مدَّة العدَّة، فلو طلَّقها قبل

---

(١) أخرجه البيهقي [١٨٦/٧] عن الشافعي عن جماعة من أهل العلم من قريش وأهل المغازي وغيرهم، عن عدد مثلهم: أن أبا سفيان أسلم بمر الظهران، وامرأته هند بنت عتبة كافرة بمكة، ومكة يومئذٍ دار حرب، وكذلك حكيم بن حزام، ورواه المزني عن الشافعي بنحوه في السنن.

(٢) قال الشيخ البلقيني: ما قاله البغوي في ذلك هو الفقه، وقول المصنف لكن ترتب إسلام الولد الخ ضعيف فالحكم للتابع متأخر عن الحكم المتبوع وحينئذٍ فلا يحكم للولد بالإسلام حتى يصير الأب مسلماً وذلك مقتضى للتقدم في إسلام الأب والتأخر في إسلام الولد بالزمان، وبه يظهر تقدم إسلام الزوجة على إسلام الزوج والله أعلم انتهى.
وما قاله البغوي نقلاً عن الخادم عن القاضي الحسين والمتولي والخوارزمي ثم ذكر كلام شيخه البلقيني ولم يعزه له ثم ذكر بحث الشيخ السبكي أن العلة هل تقارن المعلول أو تتأخر عنه، فإن قلنا تقارن صح بحث الرافعي وإن قلنا بالتأخر اتجه ما قاله البغوي.

تمام العدة، فالطَّلاق موقوفٌ أيضاً، فإن اجتمعا على الإسْلام في العدَّة، تبيَّن وقوعه، وتعتدّ من وقت الطلاق، وإلاَّ، فلا طلاق.

وَحَكَى ألأَمَامُ أن من الأَصحاب مَنْ جعَل الطلاقَ عَلَى قولَيْ وقْفِ العُقُود، وقال: لا يقَعُ في قول، وإنِ اجتَمَعَا على الإِسْلاَم[قبل انقضاء العدة] وأجراهُمَا فيما إذا أَعْتَقَ عبد أبيه على ظنّ كَوْنِهِ حَيًّا، فَبَانَ ميتاً، كما لو باع عَلَى ظَنّ أنه حيٌّ فَبَانَ ميتاً، والمذهب الأَول، فإنَّ الطَّلاَقَ والعتاق يقبلان صريحَ التعليق، فأَوَلى أن يقبلا تقدير التعليق، وكذا يتوقَّف في الظهار وفي الإيلاء، ولو قذَفَها، فإنْ لم يجْتَمِعا على الإِسْلاَم في مدّة العدَّة، لم يلاعن، وَيُعَزَّر إن كان التخلّف من الزوجة، ويُحَدُّ إنْ كان هو المتخلِّف وإن اجتمعا عَلَى ألإِسْلاَم، فله أن يلاعِنَ لدَفْع الحد أو التعْزِيرِ ولو أن الزوْجَ حين سَبَقَ إلى الإِسَلام، والزوجةُ وثنيةُ نَكَحَ في زمان التوقُّف أُختها المسلمة أو أربعاً سواها، لم يصحّ، وكذا لو كان طلَّقها طلقةً رجعيةً في الشِّرْكِ، ثم أسْلَم، ونكح في العدَّة أُختها المسلمة أَو أربعاً سواها؛ لأَنَّ زوال نكاحها غير متيقن، فلا ينكح من لا يجوز له الجمعُ بينهما وبين المتخلِّفة.

وَقَالَ الْمُزَنِيُّ: يتوقَّف في نكاح من ينْكِحُها، كما يتوقَّف في نكاح المتخلِّفة، فإن أَسلمتِ المتخلِّفة، تبيَّن بطلانُ نكاح الثانية، وإن أصرَّتْ، حتى انقضتِ العدَّة، تبيَّن صحَّتُهُ، وتوافقه طريقةٌ حكاها الإمام عن بعْضِ الأَصحاب، وهي أنَّا نجْعل هذا النِّكَاحَ على قولَيْ وقْفِ العقود، فإن قلْنا بالتوقُّف، توقَّفنا، كما ذكره الْمُزَنِيُّ، والمشهورُ منْ كَلام الأَصحاب القطْعُ بالمنع، وهو نَصُّ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وفرّقوا بينه وبين ما إذا باع مال أبيه على ظن أنه حيٌّ أو زوَّج جاريته [على ظن أنه حيٌّ][1]، ثم بَانَ ميتاً؛ بان هناك المعْنَى المجَوِّزُ للتصرُّف قائمٌ في الحال، لكنْ لم يعلَمْه المتصرِّف، وإصرار المتخلِّفة إلى انقضاء العدَّة ليس حاصلاً في الحال، وإنَّما هو متعلِّق بالاستقبال والله العالم به وهذا المعنى، إن اقتضى الفرق بين ما نحن فيه، وبين ما إذا باع مالَ أبيه على ظن أنه حيٌّ، فإنه لا يقتضي الفرق، وبين ما إذا باع مال الغير، [فإنا نوقفه][2] على الإجازة في قول، وهي أمرٌ يتعلَّق بالاستقبال، ويُشْبِه أن يكون الذي ذكره الأَصْحَابُ مُفَرعاً عَلَى ظاهر المَذْهَب، وهو أن العُقُود لا تتوقَّف على الإِجَازَةِ ولو سَبَقَتِ المرأةُ إلى الإِسْلاَمَ، ونكح الزوْجُ في تخلُّفه أختها المُشْرِكَة، ثم أسلم مع الثانية، فإن كان ذلك بعد انقضاءِ عدةِ السَّابقة، أُقِرَّتِ الثانيةُ تحته، وإن أسلم قبل انقضاء عدتها، فله أن يختار منْهما ما شاء.

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: فإنما يوافقه.

كما لو أسلَمَ، وتحته أُختان أَسلمتا، معه، ولَيْسَ كالصورة السَّابقة، فإنه مُسْلمٌ عند نكاح الثانية، فلا ينكح الأُخت على الأخت، وههنا النكاحان وَقَعَا في الشِّرْك، ويمكن أَن يُعْلَم قوله في الكتاب، «وكذلك إن أسلمت بَعْدَ الْمَسِيس وقبل انقضاء الْعِدَّةِ» بالميم والألف.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَإِذَا أَسْلَمَا لَمْ نَبْحَثْ عَنْ شَرْطِ نِكَاحِهِمَا بَلْ نُقِرُّهُمَا عَلَى النِّكَاحِ بِلاَ وَلِيٍّ وَلاَ شُهُودٍ وَفِي العِدَّةِ إِلاَّ إِذَا أَسْلَمَا أَوْ أَحَدُهُمَا قَبْلَ انْقِضَاءِ العِدَّةِ فَإِنَّ المُفْسِدَ قَدْ قَارَنَ الإِسْلاَمَ فَيَنْدَفِعُ النِّكَاحُ كَمَا لَوْ أَسْلَمَ وَتَحْتَهُ أُمُّهُ أَوِ ابْنَتُهُ، وَنُقَرِّرُهُمْ عَلَى النِّكَاحِ المُؤَقَّتِ إِنِ اعْتَقَدُوهُ مُؤَبَّداً، وَإِنِ اعْتَقَدُوهُ مُؤَقَّتاً أَوْ فَاسِداً لَمْ نُقِرَّهُمْ، وَلاَ نُقِرُّهُمْ عَلَى مَا هُوَ فَاسِدٌ عِنْدَهُمْ إِلاَّ إِذَا كَانَ صَحِيحاً عِنْدَنَا، وَلَوْ اعْتَقَدُوا غَصْبَ المَرْأَةِ نِكَاحاً قَرَّرْنَاهُمْ عَلَيْهِ عَلَى وَجْهٍ، وَكَأَنَّهُمْ إِذَا أَسْلَمُوا لاَ يُؤَاخَذُونَ بِشَرْطِ الإِسْلاَمِ رُخْصَةً لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِفَيْرُوزَ الدَّيْلَمِي وَقَدْ أَسْلَمَ عَلَى أُخْتَيْنِ: «اخْتَرْ إِحْدَاهُمَا» فَإِنَّهُ لَمْ يُعَيِّنِ الأُولَى لِلصِّحَّةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: غرض الفصل السابق هُوَ الكلام الجُمَلِيُّ في مواضع استمرارِ النِّكَاح، والتقريرُ عليه بَعْدَ الإِسلام، وفي مواضع عدم الاستمرار، كما بيّن، والمقصود الآن بَيَانُ شرط الاستمرار، فنقول: إن لم يقترن شيء من مفسدات النكاح، فالعقد الجاري في الشرك باقٍ بحاله، ولا يقدح فيه عروضُ الإِسلام، فهو مقرّر عليه مستمرٌّ، وإن كانوا يعتقدون فسادَ شَيْء من ذلك، لم نُبَالِ باعتقادهم، وأدّ مّنّا ما هو صحيح عندنا في دِينِنا، وإن اقترن شيءٌ من المفسدات، نُظِرَ؛ إن كان زائلاً عند الإِسلام، وكانت بحيث يجُوزُ نكاحُها حينئذٍ ابتداءً، فكذلك الحُكْم، إلا، إذا كانوا يعتقدون فَسَادَهُ وانقطاعه وإنّما حَكَمنا بالاستمرار مع اقتران المُفْسد بالعَقْد على سبيل الرخصة والتخفيف، وقد رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ قال لِفَيْرُوزِ الدَّيلَمِيِّ وَقَدْ أَسْلَمَ عَلَى أُخْتَيْنِ: «اخْتَرْ أَيَّتَهُمَا شِئْتَ»[1] ولو أُخذوا بحكم الإسلام وشرطه، لبحث كيفية النكاحين، وحكم ببطلانهما إنْ جريا معاً، وبصحّة الأول، إن تعاقبا، وإنْ كان المُفْسِد باقياً وقت الإسلام، وكانت بحيثُ لا يجوز ابتداءُ نكاحها، فلا تقرير، بل يندفعُ النِّكاح، ويتخرَّج على هذا الضبْطِ مسائلُ:

المسألة الأُولى: العقد الجاري في الكُفْر بلا وليّ، وَلاَ شُهُودٍ، يُقَرُّ عليه بَعْدَ الإِسْلاَمِ؛ لأنه لا مفسد عند الإسلام، ونكاحُها ابتداءً جائزٌ وكذلك لو أُجبر

---

(١) أخرجه الشافعي وأحمد وأبو داود [٢٢٤٣] والترمذي [١١٢٩] وابن ماجة [١٩٥١] وابن حبان [١٢٧٦ موارده] من حديثه وصححه البيهقي [٧/ ١٨٤] وأعله العقيلي وغيره.

[البكر][(١)] غير الأَب والجد، أَو أُجبرت الثَّيِّبُ، أَو راجع الرجعيَّة في القرء الرابع، وهم يعتقدون امتدادَ الرَّجْعَة إِلَيْه، ولو كان قد نكح أمه أو بِنْتَهُ أَو زوجَةَ ابنِهِ أَو أبِيهِ، اندفع عند الإِسْلام، وكذا لو كان قد نَكَح الَّتِي طلَّقها ثلاثاً قَبْل أن تنكح زوجاً غيره؛ لأنه لا يجوز ابتداءَ نكاحُها وقْت الإِسْلاَم.

المسألة الثانية: لو جَرَى العَقْد، وهي في عدة الغَيْر، فإن كانت العدَّةُ باقيةً عند الإِسلام، اندفع، وإن كانت منقضيةً استمر، لأنَها إذا كانت منقضيةً، جاز ابتداء نِكاحَها، فجاز التقرير، وإذا كانت باقيةً، لم يجز ابتداء النكاح، فلم يجزِ التقريرُ، وخصص في الرَّقْم هذا التفصيل بعدة النكاح، فأَما إِذا نكح معتدَّةً عن الشبهة، ثم أَسلم، والعدَّةُ باقية، قَالَ: [يقرّان][(٢)] على النكاح؛ لأن الإِسلام لا ينفي دوام النكاح مع عدَّة الشبهة، فلا يُعْتَرَضُ عليه إذا لاقاه، ولم يَتعرَّض لهذا الفرق أكثرُهُمْ، والإِطْلاقُ يوافِقُ اعتبار التقرير بالابتداء كما سبق.

ولو كان قد نَكَحَها بشرط الخيار للزوجَيْن، أَو أَحَدِهِما مدَّة قدَّراها، فيُنْظَر عند الإِسلام، هل المدة باقية أم لا ويكون الحكم كما في العدة، إن انقضت المدة قبل الإِسلام، استمر النكاح، وإلا اندفع؛ لأنهما لم يعْقِدَاه عَلى صفة الدوام في المدة التي شَرَطا فيها الخيار، ونَحْنُ، إن لم نراع في عقودهم الجارية في الشِّرْك شرائطَ الإِسلام، فلا نثبت ما لم يثبتوه، ولا فرقَ بين أن يقارن بقيةُ العدة، أو مدَّةُ الخيار إِسْلاَمَهُمَا أو إِسلاَمَ أَحدِهِما، حتى لو أَسلم أَحدُهما، والعِدَّة أَو مدةُ الخيار باقيةٌ، ثم أَسلم الآخر، وقد انقضَتْ، فلا تقرير، هكذا حكاه الإِمام عن الصيدلانيّ ووافقه عليه، وبه أَجاب صاحب «التَّهْذِيبِ» والمصنِّف، ووجه بأَن المفسد لاقى إِسلام.

أحدهما: فيغلب الفساد.

وعن القاضي الحسين أَن اقترانه بإسلامهما هو المؤثِّر، أَما إِذا لم يقترن إِلا بإِسْلاَم أَحدِهِما، فلا يندفِعُ النكاح؛ لأن وقْتَ الاختيار والإِمْسَاكَ هو الاجتماع على الإِسلام، فليكن النَّظَرِ إِلَيْهِ.

المسألةُ الثالثةُ: النكاحُ المؤقَّت، إن اعتقدوه مؤبدّاً قرِّروا عليه، وإن اعتقدوه مؤَقَّتاً لم يقرِّروا عليه، سواءٌ كان الإِسلامُ بعد تمامِ المدَّة أَو قبله، أما بعْدَهُ؛ فلاعتقادهم أنه لا نكاح، وَأَمَّا قبله كما لو أَسلما، والعدةُ باقيةَ، وأَيضاً، فإنهم لا يعتقدون إِلا نكاحاً مؤقتاً ومثل ذلك لا يبدأُ في الإِسلام.

المسألة الرابعة: لو كان قَدْ غَصَب امرأةً، واتخذها زَوْجةً له، وهم يعتقدون

(١) سقط في ز. (٢) في ز: أن.

غضْبَ المرأة نكاحاً فعن القَفَّالِ أنه لا يُقَرَّر عليه، إذ لا عَقْدَ.

والصحيحُ المشهورُ التقْرِيرُ؛ لأنه ليس فيها إلا إقامةُ الفعل مُقَام القَوْلِ، فأشبه سائر وجوه الفَسَاد، وهو في حَقِّ أهل الحرب، وأمَّا الذِّمِّيّونَ، فلا يُقَرُّون، بعد الإسلام؛ لأنَّ على الإمام أن يدفع قهر بعضهم عن بعض، بخلاف أهْلِ الحرب، والمستأمنين[1] ليسوا كأهلِ الذمة في ذلك؛ إذْ ليس على الإِمَامِ مَنْعُ بعضهم عن بعض، وإنَّما يلزمه بحكم الأمان أن يَمْنَع عنهم من يَجْرِي عليه أَحْكَامُ الإسلام.

وقوله في الكتاب: «وإذا أَسْلَمَا، لم نَبْحَثْ عن شرط نكاحهما» أي: في ابتداء العَقْد، ويحتج له بأنه أسلم خَلْقٌ كَثِيرٌ، فلم يسألهم النَّبِيُّ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ عن شروط أَنْكِحَتِهِمْ وَأقرّهم عليها، وأما في حَالِ، ألإِسْلاَمِ، فالوجه الاحتياطُ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَأَمَّا المُفْسِدُ الطَّارِىءُ بَعْدَ العَقْدِ لاَ يُؤَثِّرُ كَمَا لو كَانَتْ عِنْدَ الإِسْلاَمِ مُعْتَدَّةً عَنْ شُبْهَةٍ أَوْ سَبَقَتْ وَأَحْرَمَتْ قَبْلَ إِسْلاَمِهِ، وَلَكِنْ لَوْ نَكَحَ أَمَةً ثُمَّ حُرَّةً وَأَسْلَمَ

---

(١) قال الشيخ البلقيني: أصل ما ذكره في هذه المسألة منصوص عليه في الأم ومختصر البويطي وتصرف فيه الأصحاب فقال في الأم كما نقله البندنيجي في تعليقه: وإذا قهر حربي امرأة حربية على نفسها فوطئها أو طاوعته فوطئها وولدت منه أو لم تلد ثم أسلما لم يجز إقرارهما على ذلك إذا كان لا يعتقدان ذلك نكاحاً، ونقل ذلك صاحب البيان عن الأم مختصراً، وفي البويطي قبل تزويج البكر وإن غلب امرأة على نفسها أو طاوعته فأصابها ولم يكن ذلك نكاحاً عندهم ثم أسلما في العدة ولم يكن ذلك عقد نكاح عندهم فرق بينهما. انتهى.

وأما تصرف الأصحاب فقال البندنيجي بعد حكاية النص قال أصحابنا: فإن قهر حربي حربية على نفسها ووطئها وكانا يعتقدان ذلك نكاحاً جاز إقرارهما على ذلك لأنه نكاح عندهما وكان يعتقدان دوامه ولزومه بينهما وعلى هذا يدل كلام الشافعي وابن الصباغ لما حكى المسألة عن أبي علي في الإفصاح وألحق المستأمنين بالحربيين قال مفرقاً ولهذا لو قصدهم أهل الحرب لم يلزم الإمام دفعهم عنهم بخلاف الذمة.

واعلم أنه لا بدّ من التنبيه على أمرين:

أحدهما: لو قهر ذمي حربية أو حربي ذمية ما حكمه.

والجواب أن ذلك خارج من العلة ففي الصورة الأولى يصح إن اعتقدا ذلك نكاحاً وإلا فلا. وفي الثانية لا يصح لأن على الإمام أن يدفع أهل الحرب عن أهل الذمة وعلى هذا ترد الثانية على إطلاق الحاوي الصغير.

الأمر الثاني: يقع في أكثر التصانيف تبعاً لمفهوم النص تصوير القهر والوطء وفي كلام الغزالي وأتباعه تصوير القهر فقط وفي ذلك كلام كثير وما نقل عن القفال نقل عن الصيدلاني وقد علمت النصين فيه وأطلق في الوسيط التصوير والنقل عنهما من غير تخصيص بحربي ولا ذمي ولكن الموقف ما تقدم انتهى.

عَلَيْهِمَا انْدَفَعَتِ الأَمَةُ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَسْلَمَ عَلَى أَمَةٍ وَهُوَ مُوسِرٌ بِيَسَارٍ طَارِىءٍ، وَقِيلَ: يَنْدَفِعُ أَيْضاً بِالْعِدَّةِ الطَّارِئَةِ وَالإِحْرَامِ، وَيَكُونُ حَالُ الإِسْلاَمِ كَابْتِدَاءِ الْعَقْدِ مُطْلَقاً، وَلَوْ أَسْلَمَتْ وَارْتَدَّتْ ثُمَّ أَسْلَمَ الزَّوْجُ انْدَفَعَ نِكَاحُهَا إِنْ لَمْ تَرْجِعْ قَبْلَ العِدَّةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: بيَّنَّا الحكم فيما إذا لم يقترنْ بالعقد الجَارِي في الشِّرْك، ولا بالإسلام مفسد، وفيما إذا اقترن بالعقد مفسدٌ، وَهَذَا الْفَصْلُ لِبَيَانِ قِسْمٍ ثَالِثٍ، وهو ألاَّ يقترن بالعَقْد مُفْسِدٍ لكن يطرأ بعْد مُفْسِدٌ ويقترن بالإسلام، وفيه مَسَائِلُ بناها جماعةٌ من الأئمة على أن الاختيار والإمساك بعَقْدٍ جرى في الشِّرْك جارٍ مجرى استدامة النكاح، أو مجرى ابتدائه، قالوا: وفيه قولان مستنبطان:

أَحَدُهُمَا: أنه جَارٍ مَجْرَى الاستدامة؛ بدليل أنه لا يحتاج إِلَى صيغة النكاح، ولا يشترط فيه الوليُ ولا الشهودُ ولا رضا المرأة؛ ولأنه استدراك عقْدٍ أشرف على الزوال، فأشبه الرجعة.

والثاني: أنه جَارٍ مَجْرَى الابتداء؛ لأَن حال الإِسْلام هو حالُ التزامهم حُكْمَ الدين، ولم يكونوا مُلْتزِمِينَ للأحكام عند العَقْد، فيقام حال إسلامهم مقام ابتداء العَقْد، وينظر إلى حصول الشرائط حينئذٍ، ولذلك قلْنا: إذا نكح الكافرُ معتدَّةً [وأسلم والعدة][(١)] باقية يندفع النكاح، كما يمنع ابتداء نكاحها، وهي في العدة.

قال صاحب «التَّتِمَّةِ»: وهذه القاعدة في التحقيق مبنيَّةٌ علَى أن أنكحتهم في الشِّرْك صحيحةٌ أَم لا، وفيه خلافٌ سيأتي، فإنْ قلْنا: إنَّها صحيحةٌ، فالاختيار استدامته، وإلا فهو جارٍ مَجْرى الابتداء، لكن هذا البناء يقتضي أن يكونَ جريانُها مَجْرى الاستدامة أظهر؛ لأن الصحيح صحَّةُ أنكحتهم.

والمشْهُورُ في كلام الأَصحاب تَرْجِيحُ جريانه مَجْرى الابتداء، ورَدُّوا على من قال بالاستدامة، ونسبوه إِلَى مذهب أبي ثَوْرٍ.

إذا عُرِفَ ذلك، [فإحدى المسائل][(٢)] إذا أَسلم الرجُلُ، ووُطِئَتِ المرأة بالشبهة ثم أسلمت، فالمشهور والمحكيُّ عن نصه في رواية الربيع اسْتمرارُ النكاح، وكذا لو أَسلمتِ المرأَةُ، فوُطِئَتْ بالشبهة في زمان التوقّف، ثم أَسلم الزوْجُ قبل انقضاء مدة العدة، يستمر النكاح، وإن كان لا يجوز ابتداءُ نكاح المعتدَّة؛ لأَنَّ عدَّة الشبهة إِذا طَرَأَت على نكاح المسلِمين، لم تقطعْه، فأَوْلى ألا تقطع الأَنكحة الجارية في الشِّرْك، وهذا ما قطع به الصَّيْدَلاَنِيُّ.

---

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: فالمسألة الأولى.

ومن أصحابنا من قال: يندفع النكاحُ، لا يجوز ابتداءُ النكاح في العدَّة، وينسب هذا إلى القَفَّالِ، ويُرْوى عنه نزاعٌ في عروضِ عدَّة الشبْهة من جهةِ أن أحد الزوجَيْن، إذا أسلم، والآخر متخلّف، جَرَتِ الْمَرْأَةُ في عدَّة النكاح، وعدة النكاح تتقدَّم على عدة الشبهة.

وإذا أسَلم الآخر، كان إسلامه في عدة النكاح، لا في عدة الشبهة، نعم، أحبلها الواطىءُ بالشُّبْهَة تقدمت عدة الشبهة، وأمكن اقترانها بإسلام الآخر، وحينئذٍ، فيندفع النكاحُ؛ اعتباراً بالابتداء، وأجابُوا عن هذا النزاع بوَجْهين:

أَحدهما: أن عُرُوضَ هذه الشُّبْهة لا يختصُّ تصويره بما إذا أَسْلَم أَحَدُهُما قبل الآخر، بل لو وُطِئَتْ في الشبهة، وشَرَعَتْ في العدَّة، ثم أسلما معاً، كان ذلك صورةَ المسألة.

والثَّانِي: أن أَحَدَ الزوجَيْنِ إذا أسلم، وتخلَّف الآخر، فإنا لا نستيقن جريانها في عدَّة النكاح؛ لأنه لو أسلم المتخلِّف قبل انقضاء مدَّة العدة، يستمر النكاح، وتبيَّن أن ما مضَى، لم يكن عِدَّةً عن النكاح، وحينئذٍ، تكون في عدة الشُّبْهة، نعم، لو أصر المتخلِّف، تبين أن تلك العدَّة كانت عدة النكاح، وعليها أن تعتدَّ للشبهة، إذا تصرَّمت تلك العدة.

المسألة الثانية: لو أسلم الرجُلُ، وأحرم، ثُمَّ أسلمت المرأة في العدَّة، فعن النَّصِّ يجوز إمساكها في حال الإِحرام، وَكَذَا لو أَسلم، وتحته أكثر من أربعِ نُسْوَةٍ، ثم أَسْلَمْنَ وَهُوَ مُحْرِمٌ؛ له اختيار أَربعٍ منهن، واختلف الأَصْحَابُ على طريقين:

أَحدهما: القطع بالمنع، كما لو أَسلم، وتحتَه أمة، وهو موسِرٌ لا يجوز له إمساكها، كما سيأتِي، وهؤلاء حملوا النصَّ على ما إذا أسلما معاً ثم أحرم الزوجُ، له الاختيار؛ لأَنَّ الاختيار ها هنا يَثْبُت قبل الإِحرام، وممن رُوِيَ عَنْهُ هَذَا التَّأْوِيلُ الأَنْمَاطِيُّ وابن سَلَمَة. وعن القَفَّالِ: أَنِ أنكر هذا النص مِنْ أصله، وقال: تَفَحَّصْتُ كُتُبَ الشَّافِعِيِّ ـ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ ـ فَلَمْ أَجِدْهُ.

وأَشْهَرُهما: أَنَّ المسألة على قولَيْن، مختار أَكثر الأَصحاب منهما الأَخْذُ بظاهِر ما نُقِل عن النص توجيهاً بأَن عُرُوض الإِحرام لا يؤثِّرُ، كما في أَنكحة المسْلِمِين، وبأَنَّ الإِمساك استدامةٌ للنكاح، فجاز مع الإِحْرام كالرَّجْعَةِ.

والثاني: المنع، إلحاقاً للدَّوَام بالابتداء، ويُحْكَىٰ هذا عن اختيار صاحب «الإِفْصَاحِ».

المسألة الثالثة: نكح في الكفر حُرَّةً وَأَمةً، ثم أسلم، وأسلمتا معه، فظاهر المذهب أن الحرَّة تتَعيَّن للنكاح، ويندفع نكاحُ الأَمة، ولا فرْقَ في ذلك بين ما إذا نكَحَهما معاً، وبيْن ما إذا نكح إحداهما قَبْلَ الأُخرَى؛ لأنا لا ننْظُر في نكاح الأُخْتَيْن

حال التقدم والتأخر وكذلك في نكاح الحرة والأَمة، وكما يندفع نكاحُ الأَمة بالحرَّة الطارئة، يندفع باليسار الطارىء، إذا قارن الإِسلامَ، ولو اقترنَ اليَسَارُ بالعَقْدِ الجاري في الشِّرْك، ودام إلى الإسلام، فالاندفاع أولَىٰ، وخرَّج بعضهم أنْدِفَاع [نكاح][1] الأمة على القولَيْن، بناءً علَى هَذا الأَصل السابِق، وينسب هذا إلى اختيار القاضِي الحسين، والظاهرُ الأولُ؛ لكنه مخالفٌ لما مرَّ من تجويز الإمساك في العدة والإحرام الطارئَيْن، فإنَّ ذلك تنزيلُ الإمساك منزلةَ الاسْتدامة، وهذا تنزيلٌ له منْزلَةَ الابتداء، وفرق بين الفصلَيْن بأَنَّ الإمساكَ فيه مشابهةُ الاستدامة، ومشابهة الابتداء، فرجَّحنا في العدَّة والإحرام مشابهةَ الاسْتدامة، كما في نكاح المُسْلم، إذا طرأ عليه أَحْدُهما وههنا راعَيْنا مشابهة الابتداء؛ لأن نكاح الأمة بدَلٌ يُعْدَل إلَيْه عند تعذُّر نكاح الحرة، والابدال أضيق حكمَاً من الأَصول، فجرينا على [التضييق][2] اللائق به، والحاصلُ للفَتْوَى أنه متى أَسْلَم الكافرُ، وتحته أمة، وأسلمت معه، أو جمعت العدَّة إسلامهما، وهي مدخول بها، فإن كان مِمَّنْ يَحِلُّ له نكاحُ الإماء، أمسكها، وإن كان ممَّنْ لا يحلُّ له نكاحُهُنَّ، إما لليسار، وإما للأَمْنِ من العَنَت، اندفع نكاحُها.

المسألة الرابعة: إذا أسلَمَتِ الزوجةُ بعْد الدخول، وارتدَّتْ، نُظر؛ إن لم يُسْلِم الزَّوْج، حتى انقضتْ مدَّةُ العدَّة، بانت باختلاف الدِّين أولاً، وتكون العدة من يومئذٍ، وإن أسلم قبل انقضائها، سقَطَ حكم العدة من يومئذٍ، ويتوقَّف، إن عادت إلى الإسلام قَبْل انقضاء مُدَّة العدة من وقت رِدَّتها، استمر النكاح، وإلاَّ، انقطع من يوم الردة.

وكذا لو أَسلم الزَّوْج بعد الدخول، وارتدَّ، إن لم تُسْلِم المرأة إلى انقضاء مدَّة العدَّة من يوم إسلامه بانَتْ منه، وإن أسلمت، توقَّفنا، إن عاد الزوْجُ إلى الإسلام قبل انقضاء مدَّةِ العدَّة من وقْت ردَّته، استمر النِّكَاحُ، وإلا حصلت الفُرْقَة من يومئذٍ.

وذكر الإمام أن القَفَّالَ حَكَىٰ عن النصِّ أنه يندفع النكاحُ في إسلام أَحد الزوجَيْن وارتداده، ولا يتوقَّف، وأنه احتج بذلك باندفاعه بالعدَّة والإحرام الطارئين كما حكَيْنا عنه، والظاهر التوقُّف، وعلى هذا قال صاحب «التَّهْذِيب» وغيره: الردَّةُ يفترق فيها حكْمُ الابتداء والاستدامةِ؛ لأن ابتداءَ نكاحِ المرتد باطلٌ غير منعقدٍ على التوقُّف، وفي الدوام توقَّفنا، فالتحقت الردَّةُ بالعدَّةِ للشبهَةِ والإحرام، وإنما قيل بالتوقُّف في الردة، لم نجوِّز الاختيار فيها، بخلاف الإحرام والعدة؛ لأن منافاة الرِّدَّة للنكاح أَشدُّ؛ ألا تَرَى أَنَّها تقطع النكاح على الجملة، وهما لا يقطعان النكاح، وكذلك لا يَجُوزُ الرَّجْعة في الرِّدَّة، وتجوز في الإحرام على الأَظهر ولو أَسلم، وتحته فوق العدد الشرعيّ؛ وارتد ثم

(١) سقط في ز.
(٢) في ز: السبق.

أَسلمتِ النسوةُ في العدَّة أَو أَسلم، وأسلمْنَ معه، ثم ارتدَّ قبل الاختيار، لم يجُزْ أَن يختار أَربعاً منهن في الردة فإِن عَادَ إِلَى الإِسلام في العدة، فَلَهُ الاختيار حينئذٍ وليُعْلَمْ قوله في الكتاب «اندفعت الأَمَةُ» بالواو وكذا قوله «كذلك لو أَسلم على أَمَة» لما بيناه.

قوله «لو أسلمت، ثم ارتدت، وأسلم الزوج، اندفع نكاحها» هذا القدر هو الموجودُ في أَكثر النسخ، وهو يوافق إِيراد، «الوسيط» ومنقول الإِمام، وهو الاندفاع المطْلَق، وزيد في بعض النسخ «إِن لم ترجع قبل العدة»، وهذه الزيادة تُشعِرُ بالتوقُّف، وهو الأَظهر في المسألة، والله أعلم.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **ثُمَّ هذِهِ المُفْسِدَاتُ إِنْ قَارَنَتْ إِسْلاَمَ أَحَدِهِمَا كَفَىٰ (و) إِلاَّ فِي الْيَسَارِ فَإِنَّهُ لاَ يَنْدَفِعُ إِلاَّ إِذَا وُجِدَ عِنْدَ اجْتِمَاعِهِمَا فِي الإِسْلاَمِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الواقفُ على ما أَوردناه يتبيَّن له أن المُفْسِدَ للنكاح عند الإِسلام منه ما كان حاصلاً عند العَقْد، واستمر، كما لو نكح معْتَدَّةً، وكانت عند الإِسلام بَعْدَ العدة، ومنه ما طرأ بعْد العَقْدِ، كما لو أسلم، وتحته حرةٌ طارئةٌ على أمةٍ، أَو أَسلم على أَمَة، وقد طرأ له اليسار هل يُشْتَرط أَن يقارن المفسد إِسلامَهُمَا مَعاً، أَم يكفي للفساد اقترانُه بإِسلام أَحدهما؟ فيه اختلاف.

أَما في الْقِسم الأَول: فقد بَيَّنَّا الخلاف فيه، وذكرنا أَنَّ الظَّاهِرَ أَنه يكفي الاقتران بإِسلام أَحدِهما، وهو الذي ذكره في الكتابِ، حَيْثُ قال منْ قبل: «إِلا إِذا أَسلما أَو أَحدُهُما قبلْ انقضاء العدَّة».

وأما في القسم الثاني، فقد عرفْتَ في الفصل السابق: أَن ظاهر المَذْهَب أَنه إِذا أَسلم، وتحْتَه حرةٌ وأَمَةٌ، يندفع نكاح الأَمة، وتتعيَّن الحرَّة.

وكذلك يَكُونُ الحكْمُ أَسلمتِ الحُرَّةُ المدْخُولُ بها معه أَو بعده قبل انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ثم أَسلمتِ الأَمَةُ قبل انقضاء العِدَّةِ، ولو أَصرَّتِ الأَمَة حَتَّى انقضت العدَّةُ، فَانْدفاعها بتبديل الدِّينِ، ومنْه تحتسب العدة.

وَلَو مَاتَتِ الْحُرَّةُ بَعْدَ إِسْلاَمِهَا أَو ارْتَدَّتْ، ثم أَسلمتِ الأَمَةُ، اندفع نكاحها أَيضاً، وكفى اقترانُ إِسْلامِ الحُرَّةِ بإِسلام الزَّوج.

ولو أَسلمُ وتحْتَه، أَمة، وهو موسِرٌ، ثم تلف ماله، وأَسلمت الأَمَة، وهو معسِرٌ، فله إِمساكها، وإِنما يؤثر اليسار في الدفع، إِذا قارن إِسلامهما جميعاً.

وحَكى الْقَاضِي ابنُ كَجٍّ عَنْ أَبِي حَامِدٍ نزاعاً في الصورة الأُولى.

وعن بعضهم في الثانية؛ أَن اقتران اليسار بإِسْلاَمه يكفي للاندفاع، وليس له

إمساكُهَا، وإن كان معسِراً عند إسْلاَمِها، ويُرْوَى هذا عن أَبي يَحْيَى الْبَلْخيِّ قَالَ: وعلى عكسه، لو أَسلم، وهو مُعْسِرٌ، ثم أَسلمتْ، وهو موسِرٌ، فله إِمْسَاكُها، نظراً إلى وقت إِسلامه.

وعن ابن خَيْران: أَن في اليسار الزائل قَوْلَيْن، فحصل في الصورتين الخلافُ كما ترى، وهو كما ذكر صَاحِبُ «التَّتِمَّةِ» متولد من ضرب جواب إِحدى الصورتين بجواب الأخرى، والظاهر في صورة الحرة والأمة اندفاع نكاح الأَمَة وإِن ماتت الحرَّةُ وفي صورة[1] زوال اليسار عند إِسلامها عدَمُ الاندفاع، واعتبارُ اقترانه بإِسْلاَمِها جميعاً، والسبَبُ في اعتبار الاقتران بإِسلامهما معاً؛ أَن وقت الاجتماع في الإِسلام هو وقْتُ جواز نكاح الأَمة؛ لأَنه، إِن تقدَّم إِسلامه، فالأَمَةُ الكافرةُ لا تحلُّ للمسلم، وإِن تقدَّم إِسلامها، فالمسلمة لا تحلّ للكافر فكان اجتماعهما في الإِسلام شبيهاً بحالِ ابتداءِ نكاحِ الأمة، واليسارُ السابقُ على نكاح الأَمة لا يَمْنَعُ جواز نكاحها، وهذا المعنَى يقتضي جواز إِمْسَاكِ الأَمة في الصورة الأولى، وهي ما إِذا ماتَتِ الحرَّةُ بعد إِسلامها، ثم أَسلمتِ الأَمَةُ، لكنْ فرَّقوا بينهما من وجوه.

منها: أن أَثر نكاح الْحُرَّةِ بَاقٍ بَعْدَ مَوْتِهَا؛ أَلا ترى أَنه يرثُها، وأَن له غسلها، وعليه مؤنةُ تجهيزها على رأْيٍ، فكأَنَّ النكاح باقٍ، واليسارُ بخلافه.

ومنها: أَن المرأة، إِذا أَسلمت، وتعيَّنت، حسبتْ على الزوج، ولم يؤَثِّرْ موتها بعد ذلك ألا تَرَى لو أَسلم، وتحته خمس نسوة، وأَسلمت واحدةٌ، فاختارها، ثم ماتت، ثم أَسلمت البواقي، لم يكن له إِمساكُهُنَّ، وإِنما يُمْسِكُ ثلاثاً منهن.

ومنها: قال الإِمام: الحُرَّةُ لا تنزل منزلة اليَسَار، بل الأَمر فيها، وفي اشتراطِ عَدَمِها لهم وأَعظم ألا ترى أَنه لو كان في نكاحه حُرَّةٌ رتقاءُ أَو غائبةٌ، لم ينكح الأَمة، ولو كان مالُهُ غائباً، لا يصل إِليهِ إِلاَّ بعد زمانٍ طويلٍ يجوز له نكاح الأَمة والله أَعلم.

ولا يَخْفَى بعْدَ ما ذكَرْنا الحاجَةِ إِلَى إِعلام قوله «كفى» بالواو، وكذا قوله «فإِنَّهُ لاَ يَدْفَعُ».

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَإِذَا طَلَّقَ الكَافِرُ زَوْجَتَهُ ثَلاثَاً ثُمَّ أَسْلَمَ لَمْ يَنْكَحِهَا إِلاَّ بِمُحَلِّلٍ فِي قَوْلٍ ـ وَلاَ يُحْتَاجُ إِلَى المُحَلِّلِ فِي قَوْلٍ فَإِنَّا نُصَحِّحُ أَنْكِحَتَهُمْ مُطْلَقاً فِي قَوْلٍ، وَنُفْسِدُهَا فِي قَوْلٍ إِلاَّ عِنْدَ الإِسْلاَمِ، وَنَتَوَقَّفُ فِي قَوْلٍ، فَمَا يُقَرَّرُ عَلَيْهِ فِي الإِسْلاَمِ نَتَبَيَّنُ صِحَّتَهُ، وَمَا يَدْفَعُهُ نَتَبَيَّنُ فَسَادَهُ حَتَّى لاَ يَثْبُتَ المَهْرُ عَلَى هَذَا القَوْلِ لِلَّتِي يَدْفَعُ الإِسْلاَمُ نِكَاحَهَا، وَلاَ عَلَى قَوْلِ الإِفْسَادِ، وَيَثْبُتُ عَلَى قَوْلِ الصِّحَّةِ.

---

(١) سقط من ز.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ذكروا في الأَنكحة الجارِيَةِ في الشِّرْك ثلاث مقالات:

أصحُّهما: أنها محكوم لها بالصحَّة[١]، لقوله تعالَىٰ: ﴿وَٱمْرَأَتُهُ حَمَّالَةَ ٱلْحَطَبِ﴾ [المسد: ٤] وقال تعالى: ﴿وَقَالَتِ ٱمْرَأَتُ فِرْعَوْنَ﴾ [القصص: ٩] وَعَنْ رَسُولِ اللَّهِ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ أَنَّهُ قَالَ: «وُلِدتُ مِنْ نِكَاحٍ لاَ مِنْ سِفَاحٍ»؛ ولأنهم لو ترافعوا إلينا، لا نبطِلُه، ولا نفرِّق بين رجالهم ونسائهم، وأيضاً، فإنه يقَرر عليه بعد الإِسلام، والفاسد لا ينقلب صحيحاً بالإِسلام، والتقريرُ على الفاسِد محالٌ.

والمقالة الثانية: أنها فاسدة؛ لأَنهم لا يراعون حدود الشَّرْع وشروطه، لكن [نفرق][٢] لو ترافَعُوا إِلَيْنا رعايةً للعهد والذِّمَّة، وإذا أَسلموا، نُقرِّرهم تخفيفاً وعَفْواً.

المقالة الثَّالثة: أنا لا نحْكُم لها بصحَّة ولا فساد، ولكنْ نتوقَّف إلى الإِسْلاَم فما يقرِّر عليه إِذا أسلموا تبين لنا صحته، وما لا يقرر تبين فساد، ويُرْوَى عن القَفَّالِ ما يَقْرُب من هذا وهذه المذاهب حكاها صَاحِبُ الْكِتَابِ أقوالاً، وأكثر من أوردها في نقل الوجوه، نعم في «التَّتِمَّةِ» المصيرُ إلى الْفَسَادِ قولٌ قديمٌ، وبه قَالَ مَالِكٌ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ ومِنَ ٱلأَصْحَابِ مَنْ قَطَعَ بصحة أنكحتهم، ونفي الخلافَ في المسأَلة، إذا ثَبَتَ الخلاف، فهو مَخْصُوصٌ بالعقود التي يَحْكُمُ بفساد مثلها الإِسلامُ أو يجْرِي في مطْلَقِ عقودهم؟.

قضيَّة كَلام أَبي سعد الْمُتَوَلِّي، وغيْرِهِ الأَولُ في «النهاية» «أَن من يحكم بفساد

---

(١) لا خفاء أن مراد المصنف بالكفار الكفار الأصليون، وأما نكاح المرتدين فباطل، وعبارة الشيخ البلقيني في التدريب وكل نكاح صدر بين كافرين أصليين فهو صحيح إن صدر على وفق الشرع وقول المصنف محكوم بصحتها أحسن من تعبيره النووي في المنهاج بأنه صحيح لأن الصحة حكم شرعي ولم يرد الشرع به.

قال في الخادم: والتحقيق أن يقال إن وافقت الشرع فهي صحيحة وإلا فهي محكوم بصحتها وأخذه من كلام شيخه البلقيني في التدريب كما قدم قريباً حيث قال فهو صحيح إن صدر على وفق الشرع.

واستثنى الشيخ البلقيني من أنكحتهم خمس صور لا يقرون عليها مطلقاً:

إحداها: نكاح المحرم ولكن لا يتعرض على المشهور لمجوسي ونحوه نكح محرماً ما لم يترافعا إلينا لنفقة ونحوها أبطلناه.

الثانية: نكاح زوجة غير الناكح مع استمرار زوجية الأول.

الثالثة: الغصب في ذميين أو حربي وذمية.

الرابعة: النكاح المؤقت إذا اعتقدوه مؤقتاً.

الخامسة: إذا نكحها بشرط الخيار مطلقاً لهما أو لأحدهما.

(٢) في ز: يقرون.

أنكحتهم يلزمه ألاَّ يفصل بين ما وَقَعَ منها عَلَى شرط الشَّرْع، وبين ما يُخَالِفُه، والمصير إلى أن نكاحاً يعقدونه على شرط الشرائع كلّها فاسد مذهب لا يعتقده ذو حاصل»[١] ذكره في تزييف الحكم بالفساد، واستقرب التوقُّف بعْضَ الاستقراب، ويُسْمَى على هذا الأَصْلِ المذكور مسألتان:

إحداهما: إذا طَلَّقَ الْكَافِرُ زَوْجَتَهُ ثَلاَثاً: ثم أَسْلَما، فعلَى الصحيح، وهو صحَّةُ أنكحتهم لا تحل له إلا بمحلِّل، وهذا هو المنصوصُ في «المختصر» وإنْ قلنا بفسادها فالطّلاق في النكاح الفاسدِ لا يحوج إلى المحلِّل، وإذا قلْنا بالصحيح، فلو نَكَحَتِ المطلَّقةُ في الشِّرْك زوجاً آخر، وأصابها، وطلَّقها، ثم أسلمت، فتزوجها الأوَّل بعد إسلامه حَلَّت لَهُ، وكذلك يحْصُلَ التحليل بوطء الكافر، إذا نكح الذمية التي طلَّقها المسلِم ثلاثاً، سواءٌ كان حَرْبِيّاً أو ذِمِّيّاً.

والثانية: التي تَقَرَّرَ نكاحُها بعْد الإسلام، لها المهْرُ المسمَّى فإن كان صحيحاً، وإن كان فاسداً، كخمرٍ أو خنزير، فسيأتي حكْمُ مهورهمُ الفاسدةِ والتي يندفعُ نكاحُها بالإسلام، ينظر؛ إن لم تكن مدخولاً بها، فإن صحَّحنا أنكحتهم، وجب نصف المهر، إن كان الاندفاع بإسلام الزوج، وإنْ كان فاسداً، وجب نصف مهْرِ المثل، وإن لم يسمِّ شيءٌ، وجب المتعة، وإن كان الاندفاعُ بإسلامهما، فلا شيء لها من المَهْر؛ لأن الفراق جاء من جهتها.

وَعَنِ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - في «سِيَرِ الْوَاقِدِيِّ» ما يُشْعِر بوجوب نصْف المهر، وأقامه بعض الأصحاب قولاً آخر، ووجَّهه بأنها محسنَةٌ بالإسلام، فكان من حقِّه أن يوافِقِها، فإذا امتنع، انْتَسَبَ الفراق إلى تخلُّفه، والظاهر الأَولُ وإن لم نحكُمْ بصحة أنكحتهم، فلا مَهْرَ لها؛ لأَن الْمَهْرَ لا يجب فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ بلا دُخُولِ، وإن كانت مدْخولاً بها، فإن صحَّحنا أنكحتهم، وجب المسمَّى، إن كان صحيحاً، وإن لم

---

(١) قال النووي في زوائده: الصواب التخصيص، بل لم يصرح أحد بطرده في الجميع، وليس في كلام الإمام إثبات نقل طرده، وإنما ألزمهم إلزاماً لهم الانفصال عنه بأن الظاهر إخلالهم بالشروط، فإن تصور علمنا باجتماعها، حكمنا بالصحة قطعاً والله أعلم.
اعترضه في المهمات فقال يرد عليه أن الماوردي في الحاوي حكى في المسألة طريقين:
إحداهما: حاكية لثلاثة أقوال.
والثانية: وعزاها للأكثرين إنكار الخلاف وحمل الصحة على ما اجتمعت فيه الشروط وانتفت عنه الموانع والفساد على وجود الموانع وانتفاء الشروط والوقف على انتفاء الموانع مع الإخلال بالشروط ومعناه أنهم إذا أسلموا عفونا عن الخلل وأقررناهم عليه وذكر الروياني مثله ومقتضاه إثبات الخلاف مطلقاً عند القائلين بالطريقة الأولى واعترض الشيخ البلقيني على الشيخ في تعبيره فإن تصور علمنا فقال: صواب العبارة وإن حصل علمنا باجتماعها فالتصوير لا يلزم منه الحصول.

نصحِّحها، وجب مهر المثل، ثُمَّ عن القَفَّالِ: أنه عدَّ من صور الاندفاع ما إذا نَكَحَ المِشْركِ مَحْرَماً له، ثم أسلم، وجعل وجوب نصفْ المهْر على القولَيْن، ورأى ألإِمَامُ القطْعَ بأنه لا شيء للمَحْرِم من المهر وقال: لا نقول بأنه انعقد العَقْد عليها، ثم اْندَفَعَ، وانفسخ في الإسلام، وإنَّما ذلك في الأُختِ المفَارَقةِ من الأُخْتَيْنِ، وفي الزائداتِ على الأَربع، والموافق لإِطلاقُ الكتابِ وغيره الأَول.

وقوله في الكتاب مسألة الطلاق في الأَصل المبنى عليه «في قول» يجوز إعلامه بالواو؛ لقطع من نفي الخلافُ فيهما.

وقوله «حَتَّى لا يثبت الْمَهْرُ عَلَى هَذَا الْقَولِ أَراد به ما إِذا لم يَجْرِ» دخول.

وقولُه «يثبُت على قول الصحة» أي شيء منه، وهو النصف، لا أنه يثبت كلُّه، ولا يمكن إجراء اللفظ على إطلاقه في حالَتَيْ وجودِ الدُّخول وعدمه؛ لأَنه إذا وُجِدَ الدخولُ يَثْبُتُ المهر، وصحَّحنا أنكحتهم أو لم نصحِّح، إن صَحَحْنَا فالمسمَّى، وإلاَّ، فمهر المثل، فكيف نقولُ: لا يثبت المهر إلى آخره.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَلَوْ نَكَحَ أُخْتَيْنِ وَطَلَّقَ كُلُّ وَاحِدَةٍ ثَلاثَاً فَإِذَا أَسْلَمُوا فَعلَى قَوْلِ التَّصْحِيحِ حَرُمَتَا عَلَيْهِ إلاَّ بِمُحَلِّلٍ، وعلَى قَوْلِ الإِفْسَادِ يَخْتَارُ وَاحِدَةً وَلاَ مَهْرِ لِلثَّانِيَةِ، وَعَلَى قَوْلِ التَّوَقُّفِ يَخْتَارُ وَاحِدَةً فَيَنفُذُ فِيهَا الطَّلاَقُ الثَّلاَثُ وَيَحْتَاجُ إِلَى مُحَلِّلٍ وَتَنْدَفِعُ الثَّانِيَةُ وَلاَ يَحْتَاجُ فِيهَا إِلَىٰ مُحَلِّلٍ.**

قَالَ الرَّافِعِي: هذا فرْعٌ لابنِ الْحَدَّادِ يَدْخُلُ في «مسألة الطلاق» المذكورة في الفصل السابق، وصورته: مشركٌ نَكح أختَيْن، وطلَّقهما ثلاثاً، ثم أسلم وأَسلمتا، قال: يُخيَّر بينهما، كما لو أَسْلَموا، ولا طَلاقَ، فإذا اختار إحداهما، يثبت نكاحها، ونَفَذَ فيها الطلقاتِ الثلاثُ، ولا بدّ فيها من المحلِّل، واندفعت الأُخْرَىٰ بِحَقِّ ألإِسْلاَمِ، ولا يُحتاجُ فيها إلى المحلِّل.

قَالَ ألأَصْحَابُ بعده: يُبْنَى الفَرْعُ على أن أنكحتهم صحيحةٌ أم لا؟ إن صحَّحناها، نفذت الطلقات فيهما، ولم ينكح واحدةً منهما إلا بمحلل، وإن أفسدْنَاها، فلا نِكَاحَ، وَلاَ طَلاَقَ، وَلاَ حَاجَةَ إلى المحلِّل في واحدةٍ منهما، وإن قلنا بالتوقف، فلو لم يكن طلاقٌ، لكان يَخْتَارُ إحداهما ويتبين بذلك صحَّةُ نكاحِهَا، وفساد نكاح الأُخْرَى، فإذا طلَّقهما أُمِرَ بالاختيار، لينفُذَ الطلاق في المنكوحَةِ منهما، فَجَوَابُ ابنُ الْحَدَّادِ يتخرَّج علَى قول التَّوَقُّفِ، ولذلك قيل بأَن ميله في أنكحتهم إلى التوقُّف، ولو أنه أَسْلَمَ مع الأختين، وهما تحته، ثم طلق كل واحدة منهما ثلاثاً، فَالْجَوَابُ ههنا التخييرُ لا غير؛ لأَنَّهم لَمَّا أَسْلَمُوا، اندفع نكاحُ إِحْدى الأختَيْن، وإنما ينفذ الطلاقُ في المنكوحة، ولو

أَسْلَمَ هو دُونهمَا، أو أسلمتا هما دونه، وكذلك يخير الزوج؛ لأنه، والحالة هذه، لا يُمْسِكُ إلا إحْدَاهما وينفسخ نكاحُ الأُخْرَى من وَقْتِ إسْلاَم من تقدَّم إسْلاَمُه منهم، ولو كان تحت الشرك أكثر من أربع، [و] طلقَّهن ثلاثاً ثلاثاً ثم أسلموا، فعلى التصحيح [تَنْفُذُ الطلقات منهن جميعاً على التوقُّف يختار أربعاً منهن فينفذ فيهن][1] الطلقات الثلاثُ دون البواقي.

وذكر الشيخ أبُو عَلِيٍّ على قياس الفَرْع؛ أنه، لو كانت تحته حُرَّةٌ، أو أَمَةٌ، فطلَّقها ثلاثاً ثلاثاً، ثُمَّ أَسْلَموا، لم يجُزْ له أن ينكح واحدةً منهما إلا بمحلِّل، ولو أسلموا، ثُمَّ طلَّقها ثلاثاً، ثلاثاً، وقَع الطَّلاَقُ على الحُرَّة؛ لأنَّها تتعيَّن بالإِسْلام، ويندفع نِكَاحُ الأَمة، ولا يحتاج في نكاحها إلى المحلِّل، وكذا لَوْ أَسْلَمَتَا، فطلَّقهما ثلاثاً، ثم أسْلم الزوْجُ أو أسلم الزوج، وطلَّقها ثلاثاً ثلاثاً، ثم أَسْلَمَتَا؛ لأَن الإِسْلام، لَمَّا جمع الكلَّ، بان اندفاع نكاح الأمة من وقْتِ إسلام من تَقدَّم إسلامه منهم، واْعْلَمْ أَنَّ ابنَ الْحَدَّادِ ذَكَرَ فيمَنْ أسلم عَلَى أُخْتَين، لم يَدْخُلْ بهما، واختار إحداهما أنه يجبُ للأُخْرَى المفارقة نصْفُ المسمَّى، فإن لم يسم شيئاً، فالمتعةُ، وهذا على ما قدمنا أن حكْمَ المَهْر مبنيٌّ على صحة أنكحتهم، وجوابه في مسألة الطلاق خُرِّجَ على قول التوقُّف دون الصحة، فأخذت عليه ذلك.

وقيل: كان من حقِّه أن يجري فيهما على طَرِيقٍ وَاحِدٍ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَمَهْمَا أَصْدَقَهَا خَمْراً وَقَبَضَتْ قَبْلَ الإِسْلاَمِ فَلاَ مَهْرَ لَهَا، وَإِنْ لَمْ تَقْبِضْ رَجَعَ إِلَى مَهْرِ المِثْلِ، وَإِنْ قَبَضَتِ البَعْضَ رَجَعَ إِلَى بَعْضِ مَهْرِ المِثْلِ بِاْعْتِبَارِ قِيمَةِ الْخَمْرِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا أصدق الكافر امرأته صداقاً فاسداً كخمرٍ وخنزيرٍ، ثم أسلما، نُظِرَ، إن أسلما بعْدَ قبض ذلك الفاسدِ، فلا شيْء لها؛ لانفصال الأمر بينهما، وانتهاء النكاح إلى حالة انقطاع الطلبة، وما مضى في الكفر لا يتبع.

وإن أَسْلَما قبل قبضه، وجب مهر المثل؛ لأنَّها لم تَرْضَ إلاَّ بالمهر، والمطالبة بالخمر في الإسلام ممتنعةٌ، فيرجع إلى مهر المِثْل، ويُجْعَلُ كما لو نَكَحَ الْمُسْلِمُ على خَمْر.

وعن صَاحِبِ «التَّقْرِيبِ» والشيخ أبي محمد حكايةُ قولٍ فيما إذا أَسْلَمَا بعْد القبض؛ أن لها مهْرَ المثل، لفسادِ القبض الجارِي في الشِّرْك، وقول فيما إذا أسْلَمَا قبل القبض؛ أنه لا شيْءَ لها؛ لأنها قد رضِيَتْ بالخمر، فيدَامُ عليها حكم رضاها، وقد تعذَّر قبْضُ الخَمْر بعد الإسلام، فسقَطَتِ المطالبة، والمذهب المشهورِ الفَرْقُ بين الحالتين

---

(١) سقط في ز.

كما تقدَّم، ولا فرق بين أن يكون المسمَّى خَمْراً في الذمة، أو خمراً معيَّنة، وعن أَبِي حَنِيفَةَ ـ رضي الله عنه ـ أَنّ فِي الْخَمْرِ الْمُعَيَّنَةِ، لَيْسَ لَهَا إلاَّ الْمُسَمَّى، ولا رُجُوعَ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ.

ولو أَصْدَقَها حُرّاً مُسْلِماً استرقُّوه، ثم أسلَما إما قبل القبض أو بعده، فلا نقرّه في يدها، بل يَبْطُل ما جرَى، ويوجب مهرَ المِثْلِ، هكذا[١] ذكروه، وقياس ما سبق أن يَخْرُجَ من يدها، ولا ترجع بشيء كما تراق الخمر المقبوضة، ولا ترجع بشيء، وإن قَبَضَت بعض الصداق الفاسد دون بعض، ثم أسلما، وجب من مهر المثل بقسْطِ ما لم يقبض، ولا يجوز تسليم الباقي من الفاسد، وليس كما لو كاتب الذمِّيُّ عبده علَى عوض فاسد، وقبض بعْضَه، ثم أسلما حيث يُسلِّم إلى المكاتِبُ ما بقي من الفاسد، ليحصل العتق، فإنَّ العِتْقَ في الكتابة يَحْصُلُ بحصول الصفة، ثم يلزمُهُ تمام قيمته، ولا يحطُّ منها قسْطَ المقبوض في الكفر؛ لأن العتْقَ يتعلّق بأداء آخر النجوم، وأنه وقع في الإسلام، فكان بمثابة ما لو كاتَبَ المُسْلِمُ علَى عوض فاسد يَحْصُل العتْقُ بوجودِ الصِّفَة، ويجب عَلَى المكاتَبِ القيمةُ، وطريقُ تقسيطِ مهْرِ المثْل على المقبوض، وغير المقبوض أن ننظر إن سميا جنساً واحداً، ولم يكنْ فيه تعدُّد، كما لو أَصْدَقَهَا زِقَّ خَمْر، وقبضت نصفه، أو ثلثه، ثم أَسْلَمَا، فيجب نصْفُ المهر، أو ثلثاه، وإن تعدَّد المسمَّى، كزِقَّيْ خَمْرٍ، قبضت أحدهما، فإنْ تساوَيَا في القَدْر، فذاك، وإلا فوجهان:

أحدهما: وَبِهِ قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ: أنه لا يُنْظَر إليه، ويعتبر العَدَد.

وأقْيَسُهما: النَّظَرُ إلى القَدْر، وعلَىٰ هَذَا؛ فالذي يوجَدُ في كلام أكثرهم أنَّه يعتبر الكَيْل، وفيه وجه [آخر][٢]؛ أنه يعتبر الوزن؛ لأنه أحصر، ولو أصدقها خِنْزِيرَيْنِ، وقبضت أحدهما، فإن اعتبرنا العدَدَ، لم يخْفَ [الحكمُ][٣]، وإن نظَرْنا في الخَمْر إلى القَدْر، فهنا تُقدَّر قيمتهما بتقدير ماليتها، ويُقسَّط مَهْرُ الْمِثْلِ عَلَى الْقِيمَتَيْنِ، ويُرْوَى هذا عن أَبْنِ سُرَيْجٍ، وإنْ كانا قد سَمَّيَا جنسَيْنِ، فصاعداً كزِقَّي خمر [وكَلْبَيْنِ][٤] وثلاثة خنازير، وقبضت إحدى الأجناس فثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يُنْظَر إلى الأجناس، ويقال: قد قبضت ثُلُثَ المَهْر.

---

(١) قال الشيخ البلقيني: قوله «هكذا ذكروه» يقتضي أن الأصحاب قالوه فقط وليس كذلك فقد نص عليه الشافعي في سير الواقدي من الأم فقال: ولو تزوجها حر مسلم أو مكاتب لمسلم أو أم ولد لمسلم أو عبد لمسلم ثم أسلما وقد قبضت أو لم تقبض لم يكن لها سبيل على واحد منهم كان الحر حراً ومن بقي مملوكاً لمالكه الأول والمكاتب مكاتب لا يملكه ولها مهر مثلها في هذا كله. انتهى.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: وكلتين.

والثاني: أن النَّظَر إلى المعْدُودات، فإن قبضت الخمر، أو الكَلْب، جُعِلَتْ قابضةً سُبْعَي الصداق، وإن قبضَتِ الخنازيرَ، كانتْ قابضةً لثلاثة أسباعه.

والثالث: وهو الأقرب: أنها تقُومُ بتقْدِيرِ ماليتِّهما، ويقسَّط مهر المثل على القيمة، وحيث قلْنا بالتقويم، وتقدير المالية، فكيف السبيلَ فيه قيل: يُقدَّر الخمر خَلاًّ، والكلبُ شاةً، والخنزيرُ بقرة وقيل: يقدَّر الكلبُ، فَهٰذا؛ لاشتراكهما في الصيد، والخنزيرُ حيواناً يقاربه في الصورة والفائدة.

وقيل: يعتبر قيمتها عند من يَجْعَلُ لها قيمةً، ويقدَّر كأَنَّ الشرْع جعلها مالاً، كما تقدَّر الحرُّ رقيقاً في الحكومات، ويشبه أن يكون أَولَىٰ من اعتبارهما بجنس آخر من الحيوانات.

وقوله في الكتاب «باعتبار قيمة الخمر» محمولٌ على ما إذا كان هناك تعدُّدٌ، فأما الزق الواحد، فيضبط المقبوض، وغير المقبوض منه بالجزئية، ثم لْيُعْلَمْ بالواو؛ لوجه اعتبار العدد، ولو ترابى كافران، فباع هَذَا دِرْهماً من ذاك بِدرهَمَيْن، أو أقرضه درْهماً بِدرْهَمَيْن، ثم أسلما، أو ترافعا إلينا قبله، فإن جرى التقابُضُ من قبلُ، لم نتعرَّض لما جَرَى، ولم يلزم الرد، وإن كان قبل القبض، أَلْغيْنَاه، وإن كان بعد قبض الدرهَمَيْنِ، راجعنا المؤدِّي، وسألْنَاه أقصد، أداءه عن الرِّبْح، أو عن رأس المال، وقدْ ذكَرْنا التفْصيل فيه في أواخر «كتاب الرَّهْنِ» وجميع ما ذكرناه، فيما إذا جرى القبضُ عن تراضٍ، فأما إذا جرى القَبْضُ بإِجْبَارِ قاضيهم في [ترابيهم][(١)] وفي تسلُّم الصداق الفاسد، وفي ثمن الخَمْر، إذا باعوها، ثم أسلموا لم نُوجِبِ الرَّدَّ، فالإسْلام يَجُبُّ ما قبله، وإن ترافعوا إِلَيْنا، وهمْ علَى كفرهم، فقولان، ويقال وجهان:

أحدهما: أَنَّا نكلِّفهم الردَّ؛ لأَن المؤدِّي، كان مُجْبَراً، والترافُعُ لا يَجُبُّ ما قبله.

وأَصحهما: أَنَّ لحكم كما لو جَرَىٰ القبض عن تراضٍ، وكما لو أسلموا.

وعن الشيخ أَبي مُحَمَّدٍ طَرْدُ الخلاف، فيما إذا أَسلموا، وقد جرى القبض بإجبار قاضيهم.

وقال الإمام: وهو منقَاسٌ؛ لأَن الالتزامَ بالتَّرافُعِ أَضعفُ من الالتزام بالإِسْلاَم، وإذا أَلزمنا المترافِعَيْن حكم الإسلام، فَلأَنْ نلزمه للمسلمين، كان أَولَى.

فرع: لَوْ نكح الكافرُ على صورة التفويض، وهم يعتقدُونَ أَنْ لا مَهْرَ للمفوَّضة بحال، ثم أسلم، فلا مهْرَ، وإن كان الإسلام قبل الْمَسِيسِ، لأنه قد سبق استحقاق

(١) سقط في ز.

وطء[١] بلا مهر، واللَّهُ أعلم بالصواب.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَمَهْمَا تَرَافَعُوا إِلَيْنَا فِي أَنْكِحَتِهِمْ أَوْ غَيْرِهَا جَازَ لَنَا الحُكْمُ بِالحَقِّ، وَهَلْ يَجِبُ؟ قَوْلاَنِ، وَإِنْ تَعَلَّقَ الخُصُومَةُ بِمُسْلِمٍ وَجَبَ الحُكْمُ، وَإِنْ كَانَا مُخْتَلِفَي المِلَّةِ وَجَبَ عَلَى الأَصَحِّ، وَلاَ يَجِبُ فِي المُعَاهَدَيْنِ، وَلاَ نَحْكُمُ إِلاَّ إِذَا رَضِيَ الخَصْمَانِ جَمِيعاً بِحُكْمِنَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا ترافع إلينا ذمِّيَّان في نكاحٍ أو غيره، إن كانا متَّفِقَي المِلَّة، ففيه قولان:

أحدهما: أنه يجب الحُكْمُ بينهما؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩] ولأنه يجب على الإمام [أن][٢] يمنع الظُّلْم عنهم، فيجب أن يحكُمَ بينهم كالمسلمين، ويُرْوَىٰ هَذَا عن أَبي حَنِيفَةَ ـ رضي الله عنه ـ واختيار المُزَنِيِّ.

والثاني: وبه قَالَ مَالِكٌ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أنه لا يجبُ؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِن جَآءُوكَ فَٱحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ﴾ [المائدة: ٤٢] وعلى هذا فلا يتركهما على النزاع، بل يحْكم أو يردُّهما إِلَى حاكم ملتهم[٣]، ورجَّح الشَّيخُ أَبو حامد وابن الصَّبَّاغ القولَ الثانِيَ، وأكثرهم علَى ترجيح الأوَّلِ، منهم الإمام، وصاحب «التَّهْذِيبِ» والقاضي الرُّويَانِيُّ، وفي محلِّ القولَيْن ثَلاَثَةُ طُرُقٍ:

---

(١) قال في المهمات: سيأتي ما يشكل عليه في الباب الثالث من الصداق أي وهو قول المصنف لو نكح ذمية على أن لا مهر لها وترافعا إلينا حكمنا بحكمنا على المسلمين.
قال الشيخ البلقيني: الذي يظهر في الجمع بينهما أن الكلام هنا إذا حصل إسلام، وهناك فيما إذا لم يحصل أو المذكور هنا فيما إذا اعتقدوا أن لا مهر بحال بخلاف ذاك وأجاب في الخادم بوجوه:
أحدها: أن مسألة الصداق في الذميين وهذه في الحربيين وهو وإن أطلق الكافر هنا لكن يجب تنزيله على الحربي لأجل ذلك.
ثانيها: أن صورة المسألة إذا حصل إسلام وهناك إذا لم يحصل وهو جواب شيخه البلقيني ثم ذكر جواب شيخه البلقيني الثاني الذي تقدم.

(٢) سقط في ز.

(٣) لقوله تعالى: ﴿فإن جاؤوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم﴾.
وأجاب الأول بأن صح عن ابن عباس أن هذه الآية منسوخة بالأولى رواه الطبراني، ومنهم من حمل الأولى على الذميين والثانية على المعاهدين فلا يجب الحكم بينهم على المذهب وهذا أولى من النسخ.
تنبيه: يستثنى من إطلاقه ما لو ترافع إلينا أهل الذمة في شرب الخمر فإنهم لا يحدون وإن رضوا بحكمنا لأنهم لا يعتقدون تحريمه قاله الرافعي في باب حد الزنا.

أحدها: أَنَّ القولَيْن في حقوق الْعِبَادِ، فأَما في حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَىٰ، فيجب الحكم؛ لئَلاَّ تضيع، فإنه لا مطالب بها.

والثاني: أن القولَيْن في حقوق اللَّهِ تَعَالَى، فأَمَّا في حُقُوقِ الْعِبَادِ، فَيَجِبُ؛ لبنائها على التضييق.

وأظهرها: على ما ذكره الشيخ أبو حَامِدٍ: طَرْدُ القولَيْنِ في النوعَيْن، وإن كانا مختلفَيِ الْمِلَّةِ كاليهوديِّ والنصرانيِّ، فطريقان:

أَحدهما: وبه قال أَبُو إِسْحَاقَ: طرد القولَيْن.

وأصحهما: وبه قال ابنُ أَبِي هُرَيْرَةَ: القطْعُ بوجوب الحكم؛ لأَن كُلَّ وَاحِدٍ منْهما لا يرضى بحاكم ملة الآخر، فيدوم النزاع بينهما، ولو ترافَعَ إِلَيْنا معاهَدَانِ، لم يجب الحكْمُ؛ سواءٌ اتفقت ملتهما أو اختلَفَتْ؛ لأَنهم لم يلتزموا الأَحكام، ولا [التزمنا][1] دفع بعضهم عن بعض بخلاف أَهل الذِّمَّة.

وقيل: بإِلْحَاقِهما بالذِّمِّيِّين.

وقيل: إِنْ كانا مختلفِيَ الملة [وجب][2] وإِلاَّ، لم يجب، والأَظهرُ الأَول.

ولو ترافع إِلينا ذمِّيٌّ ومعاهَدٌ، فطريقان:

أَظهرهما: أَنهما كالذمِّيينْ، فيعود القولان.

والثاني: القطْعُ بوجوب الحُكْم كالذمِّيَّيْن المختِلَفِي الملة، وإن كان أَحدُ الخصمين مسلماً، والآخر ذمياً أو معاهَداً، وجب الحكم لا محالة؛ لمنع الظلم عن المسلم، أو منْعِهِ عن الظلم، وأيضاً، فإن المسلم لا يمكنه النُّزولُ على حُكْم حاكم الكفار، فلا بُدَّ من فصل الخصومة بحكمنا وقوله في الكتاب «إِنْ كَانَا مختِلَفِي الْمِلَّةِ، وَجَبَ على أَلأَصَحِّ أي: من الطريقين، ويجوز مِنْ جِهَةِ اللَّفْظِ أَنْ يُرِيدَ على الأصح من القولين، جواباً على إِثبات الخلاف» وقوله: «ولا يجبُ في المعاهِدِينَ» معلم بالواو.

وأما قوله «لا نحكم إِلا إِذَا رَضِيَ الخَصْمَان جميعاً بحكمنا»، فالسابق إِلى الفهم منه أَنا حيْثُ قلْنا بوجوب الحكم في الصورة السابقة، فذلك، إذا حصَلَ رضا المتخاصِمَيْنِ ولفظه في «الوسيط» يقتضي نَحْوَ ذلك، لكنه لا يلائم نقل [الأصحاب][3] لأَنهم على اختلاف طبقاتهم فرَّعوا على القولَيْن، فقالوا: إِنْ قلنا بوجوب الحُكْم، فإذا استعدَى خصم على خَصْم، وجب إِعداؤه، وإِحْضَارُ الخَصْم؛ ليحكم بينهما، ووجب

---

(١) في ز: أكثر منا.
(٢) سقط في ز.
(٣) سقط في ز.

على المستعدي عليه الحضورُ، وإن قلْنا: لا يجب الحكم، لم يجب الإعداء، [ولا يلزمه الحضور] وإذا أعدى، كان المستعدي عليه بالخيار في الحُضُور، ولا يحْضُر جَبْراً، وفي «التَّهْذِيبِ» وغيره أن الذِّمِّيَّ، إِنْ أقر بالزِّنَا، يُقَامُ عَلَيْهِ الْحَدُّ جَبْراً، إن قلْنا بِوُجُوبِ الْحُكْم بَيْنَهُمْ، وكذا لو سَرِقَ مَالَ مُسْلِم أَو ذِمِّيّ، يقطع جبراً، وإن قلْنا: لا يجب الحكم بينهم، فلا يقام الحدّ إلا برضاه، واعتبرا الرِّضَا على قولِ عَدَمِ الوجوب، وإن لم يعتبروه على قول الوجوب، ويمكن على أن يجعل قولُه، «ولا نحكم إلا إذا رضي الخَصْمَانِ جميعاً بحُكْمنا»؛ من تتمة قوله «ولا يجبُ في المعاهِدِينَ، فيستمر الكلام من غير مخالفةٍ».

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَلَو طُلِبَتْ نَفَقَةٌ فِي نِكَاحٍ بَلاَ وَلِيٍّ وَلاَ شُهُودٍ حَكَمْنَا، وَإِنْ طُلِبَتْ فِي نِكَاحِ مُحَرَّمٍ أَوْ مُعْتَدَّةٍ فِي الحَالِ لَمْ نَحْكُمْ، وَفِي المَجُوسِيَّةِ وَجْهَانِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَقْصُودُ هذه البقية بَيَانُ أَنَّ الْحُكْمَ بينَ أَهل الذِّمَّةِ أَوْجَبْنَاهُ أو لم نُوجِبْ إنَّما يكون على مُوجِبِ الإِسْلام، وإذا ترافَعُوا إِلَيْنا في أنكحتهم، فنقرِّرهم على ما نقرِّرهم عليه، أو أسلموا، أو نبطل ما نبطله، لو أسلموا؟ فإذا كان الكافرُ قد نكح امْرَأَةً بلا وَلِيٍّ، ولا شُهُودٍ، أو ثَيِّباً بغير رضاها، وترافَعُوا إلينا، قرَّرناهم، وحكَمْنا في هذا النكاح بالنَّفَقة، وكذا لو نَكَحَ معتدَّةً، والعدَّةُ منقضية عنْد الترافُع، وإِنْ كانَتْ معتدَّةً بعدُ، ألغيناه، ولم نحكم بالنفقة ولو نكح المجوسيُّ محرماً، وترافَعَا في طلَبِ النفقة، فكذلك[1]، ولو طلبتِ المجوسيةُ النفقة من الزوج المجوسّي، أو اليهوديِّ، فوجهان، وكذا في تقريرِهِمَا على النِّكاح.

الظاهر التقريرُ، والحكم بالنفقة، كما لو أسلما، والتزما أحكام الدين.

والثاني: الْمَنْعُ، وَبِهِ قَالَ الإِصْطَخْرِيُّ واختاره القاضي حسين، ورجَّحه الإمام؛ لأَنَّ الْمَجُوسِيَّةَ لا يجوز نكاحُها في الإِسْلاَمِ، فَكَذَلِكَ لا يجوز تقرير نكاحِها، ولو جاءنا كافراً وتحته أُخْتَانِ وَطَلَبَتا فرض النفقة.

قال الإمام: فيه تردُّدٌ؛ لأنا نحكم بصحَّة نكاحهما، وإنَّما تندفع إحداهما بالإسلام، قال: والذي أرى القَطْعَ به المنْعُ؛ لقيام المانع، وحيثُ لا نقرِّر في هذه الصورة، فالقاضِي المرفوع إليه مُعْرِضٌ عنهما، أو يُفَرِّق بين الزوجين؟ فيه وجهان:

---

(١) وإن نكح المجوسي محرماً ولم يترافعا إلينا لم يعترض عليهما لأن الصحابة رضي الله عنهم عرفوا من حال المجوس أنهم ينكحون المحارم ولم يعترضوهم فإن ترافعا إلينا في النفقة أبطلنا نكاحهما ولا نفقة لأنهما بالترافع أظهرا ما يخالف الإسلام.

أَرجحُهما: عند الإمام: الإعراضُ، وإنَّما يُفَرِّق، إذا رَضُوا بحكمنا.

وَوَجْهُ الثَّاني: أنهم بالترافُع أَظْهَرُوا ما خالَفَ الملة، فأشبه ما إذا أَظْهَرُوا خمروهم. وإذا التمسوا من حاكِم المسلمين ابتداءَ نِكَاحٍ، أجَاب إنْ كانتِ المرأةُ كتابيةً، ولم يكنْ لها وليٌّ كافرٌ، ولا يزوجَ إلا بشهود مسلمين.

وعند أَبِي حَنِيفَةَ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ ـ إِنْ كَانَ الْخَاطِبُ ذِمّياً، يجوز أن يعقد النكاح بشهادة أَهْلِ الذِّمَّةِ.

فَرْعٌ: من «التَّتِمَّةِ» لو لم يترافَع المجوسيُّ إلينا، ولكن عَلِمْنا فيهم مَنْ نكح مَحْرَماً، فالصحيحُ، وبه أخذ أَبُو حَنِيْفَةَ أنه لا يُتعرَّض له؛ لأن الصحابة عَرَفُوا من حال المجوسيِّ أنهم ينكحون المحارم، ولم يتقرضوا لهم.

وَحَكى الزُّبَيْرِيُّ قولاً: أن الإمام، إذا عَرَفَ ذلك، فَرَّقَ بينهما، كما لو عرف أن المجُوسِيَّ نكح مسلمةً أو مرتدةً.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الفَصْلُ الثَّانِي فِي زِيَادَةِ العَدَدِ الشَّرْعِيّ) فَإِنْ أَسْلَمَ عَلَى عَشرِ نِسْوَةٍ اخْتَارَ أَرْبَعاً (ح)، وَانْدَفَعَ نِكَاحُ البَاقِيَاتِ، وَلاَ مَهْرَ لَهُنَّ إِلاَّ عَلَى قَوْلِ التَّصْحِيحِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الفَصْلُ معقودٌ لبيان الحُكْم فيما إذا أَسْلَمَ الكافر، وتحْتَه عددٌ من النِّسْوَةِ لا يُجْمَع بينهن في الإسلام، وفيه صور الأُولى: إذا أسلم، وتحته أكثر من أربع نسوة، فأسلَمْنَ معه، أو تخلَّفْنَ، وهنَّ كتابياتٌ، اختار أربعاً منهن واندفع نكاح البواقي، ولو كنَّ مجوسياتٍ أو وثنياتٍ، وهنَّ مدخولٌ بهن، فتخلَّفْنَ ثُمَّ أَسلَمْنَ قبل انقضاء عِدَّتهن منْ وقت إسلام الزَّوْج، فكذلك الْحُكْمُ، ولا فرق في ذلك كُلِّه بيْن ما إذا نَكَحَهُنَّ معاً، أو نكحَهُنَّ على الترتيب، إذا نكحهن على التَّرتيب، فله إمساكُ الأُخريَاتِ، ومفارقة الأَوَّلَيَاتِ، وبه قال مَالِكٌ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ وَأَحْمَدُ وقال أبو حنيفة: إذا نكحهنَّ معاً، بَطَلَ نكاحُهُنَّ جميعاً، وإن نكحهُنَّ على الترتيب، تعيَّنَت الأُوليات.

ودليلنا[1] ما رُوِيَ أَنَّ غَيْلاَنَ أَسْلَمَ وَتَحْتَهُ عَشْرُ نِسْوَةٍ، فَقَالَ النَّبِيُّ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ: «أَمْسِكْ أَرْبَعاً، وَفَارِقْ سَائِرَهُنَّ»[2].

ورُوِيَ أَنَّ نُوفَلَ بنَ مُعَاوِيَةَ أَسْلَمَ وَعِنْدَهُ خَمْسُ نِسْوَةٍ فقال النَّبِيُّ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ: «فَارِقْ وَاحِدَةً وَأَمْسِكْ أَرْبَعاً» قَالَ: «فَعَمَدتُ إِلَى أَقْدَمِهِنَّ فَفَارَقْتُهَا»[3] ولو أسلم عَلى أكثر من أربع وهنَّ غيرُ مدخولٍ بهن وأسلمت معه أربعٌ تقرَّر نكاحهن، وارْتَفَعَ

---

(١) في ب: ولنا. (٢) تقدم.

(٣) تقدم.

نكاح المتخلِّفات، ولو كان قَدْ دَخَلَ بهن، فاجتمع إِسْلام الزَّوْج مع إسلام أَربع منْهن لا غير في العدة، تعيَّن النكاح، حتَّى لو أَسلمتْ أَربعٌ من ثَمَانٍ تحته [أو متن في الإِسلام، ثم أسلم الزوج وأسلمت][1] الباقيات في عدتهن، تعينت الأُخرَيَاتُ، ولو أسلمت أَرْبَعُ، ثم أَسْلَمَ الزَّوْج قبل انقضاء عدَّتهن، [وتخلفت الباقيات حتى انقضت عدتهن من إسلام وقت إسلام الزوج أو متن على الشرك تعينت الأوليات ولو أسلم أربع][2] ثم أسلم الزوج قبل انقضاء عدتهن ثم أسلمت أخريات قبل انقضاء عدتهن من وقت إسلام الزوج اختيار أربعاً من الأوليات والأخريات كيف شاء، فإِن ماتَتْ الأوليات أو بعضُهُنَّ، جاز له اختيارُ المَيْتَات، ويرث منهن.

وقوله: في الكتاب «اختار أربعاً» مُعْلَمٌ بالحاء؛ لأَن عند أَبي حَنِيْفَةَ على الترتيب أو معا على ما تبين[3].

وقوله: «فلا مهر لهن إلاَّ على قول التصحيح» مكررٌ مذكورٌ من قبل.

فرع: قبل الكافر لابنه الصغير نكاح أكثر من أَربع نسوة، ثم أَسلم، وأسلمن، اندفع نكاح الزيادة على الأربع، لكنَّ الصبيَّ ليس من أهل الاختيار، والوليُّ لا يقوم مقامه فيه، فإن طريقه التنهي فيه فيوقف إلى أن يبلغ نفقتهن ويكون من ماله؛ لأَنَّهنَّ محبوساتٌ بسببه، وكذا لو أسلم الرَّجُلُ، وجُنَّ قبل أن يختار.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَإِنْ أَسْلَمَ عَلَى امْرَأةٍ وَابْنَتِهَا وَكَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ فَهُمَا مُحَرَّمَتَانِ، وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهِمَا اخْتَارَ إِحْدَاهِمَا فِي قَوْلٍ، وَتَعَيَّنَتِ البِنْتُ عَلَى الأَصَحِّ؛ لأَنَّ نِكَاحَهَا يَدْفَعُ نِكَاحَ الأُمِّ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ وَطْءِ البِنْتِ تَعَيَّنَتِ البِنْتُ وَانْدَفَعَتِ الأُمُّ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ وَطْءِ الأُمِّ انْدَفَعَتِ البِنْتُ وَبَقِيَ نِكَاحُ الأُمِّ إِنْ أَفْسَدْنَا أَنْكِحَتَهُمْ وَإِلاَّ انْدَفَعَتْ أَيْضاً.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الصورةُ الثانيةُ: إِذا أَسلم الكافر، وتحته أُمٌّ وابنتها قد نَكَحَهُما معاً، أَو على الترتيب، وأَسلمتا معه، أَو لم يُسْلِمَا، وهما كتابيَّتان، فأمَا، إِنْ كان قد دخَلَ بهما، أَو لَم يدخُلْ بواحدةٍ منهما، أَو دخَلَ بالبنْتِ دون الأُمِّ أو بالعَكْس.

الحالة الأولَى: إذا كان قدْ دَخَل بهما، فهما مُحرَّمتان على التأبيد، أما الأُمُّ؛ فلأنه عقد على البنت، ودخل بها، وأَما البِنْتُ، فلأنه دخَلَ بالأُمِّ، ولكل واحدةٍ منهما المسمَّى، إن جرت تسميةٌ صحيحةٌ، وإلا، فمهْرُ المثل.

الحالية الثانية: إذا لم يدْخُلْ بواحدةٍ منهما، فقولان.

---

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ب: ما سبق.

أَحَدُهُمَا: أنه يختار أيَّتهما شاء، كما لو أسلم، وتحته أُختان، فإن اختار البنت، استقر نكاحُها، وحُرِّمت الأمّ على التأبيد، وإن اختار الأمّ لم تُحَرَّمِ البنتُ على التأبيد، بل لو فارق الأمَّ قبل الدخول، حَلَّ له نكاح البنت.

والثاني: وهو اختيار الْمُزَنِي: أن البنْتَ تتعيَّن وتندفع الأم؛ لأن نكاح البنْتِ يدفع نكاح الأُم، ولا ينعكس، وقد يُعبِّر عن الغرض بعبارة أُخْرَى، فيقال: له إمساكُ البنْتِ لا محالة، وهلْ له إمساكُ الأمِّ؟ فيه قولان، والقولان مبنيانِ عند أكثر الأئمّة على الخلاف في صحّة أنكحتهم، إن صحَّحناها، تعيَّنتِ البنْتُ، وحرمت الأم أبداً وإلا تخير وقضية هذا البنَاءِ ترجيحُ القول الذي اختاره المُزَنِيُّ، وهو تعْيِينُ البنت، وإلَيْه ذهب الشَّيْخَانِ أَبُو عَلِيٍّ وَالصَّيْدَلاَنِيّ، وألإمَامُ، وَصَاحِبُ «التَّهْذِيبِ»، وصاحب «الكتاب» وغيرهم.

ورجَّح الشيخ أَبُو حَامِدٍ ومن تابعه قوْلَ التخيير، ووافقهم الشيخ أَبو إِسْحَاقَ الشّيْرَازِيُّ وفَرَّع ابنُ الحداد حُكْمَ المهر على القولَيْن هنا فقال: إن قلنا بالتخيير، فللمفارقة نصْفُ المهر؛ لأنه دفَع نكاحَها بإمساك الأخْرى وإن قلْنا بتعيين البنْت، فلا مهر للأم؛ لأنَّ نكاحها اندفعَ بغَيْر اختياره وصنيعه.

وقال القَفَّالُ وغيره: الحكْمُ بالعكس، إن خيَّرناه، فلا مهر للمفارقة؛ لأَن التخْيير مبنيٌّ على أن أنكحتهم فاسدة، [فالتي][(١)] فارقها، كأنه لم ينكحها قطُّ، حتَّى جوَّز ألأَصْحَابُ لابنه وأبيه نكاحَهَا؛ تفريعاً على هذا القول، وإذا لم يَكُنْ نِكَاحٌ، ولا دخُولٌ فلا مهر، وإن عَيَّنَّا البنْتَ، فللأُم نصْفُ المَهْرِ لصحّة نكاحها، واندفاعه بالإسْلاَمِ، ومالَ الإمامُ إلَى أنه لا يجبُ المَهْر [على هذا القول أيضاً][(٢)]، لأنه صحَّ نكاح البنت، فتصير الأمُّ محرماً، وإيجاب المَهْرِ للمحرم بعيدٌ، وقد سبق نظير هذا.

الحالة الثالثة: إذا دخَلَ بالبنْتِ دون الأُمِّ، فيقرر نكاح البنت؛ لأنه لم يدْخُلْ بالأم، والعقد عليها لا يُحَرِّمُ البنت، ويحرم الأم على التأبيد بالعَقْد على البنت أو الدخول، ولا مَهْرَ لها على قَوْله ابنِ الْحَدَّادِ، وعلى طريقة القَفَّالِ: يجِبُ نصف المهر إن صحَّحنا أَنكحتهم.

الحالة الرابعة: إِذَا دَخَلَ بألأُمِّ دون البنت، حرمت البنت على التأبيد بالدخول بالأَم، وهل له إمساكُ الأَم؟ يُبْنَى على القولين فيما إذ لم يدْخُلْ بواحدةٍ منهما، إن خيَّرناه، فله إمساكُ الأَم ها هنا، وإن عيَّنَّا البنت، فلا، لأَن نكاح البنْتِ يحرِّمها، قال في «التهذيب»: ولها مَهْرُ المِثْلِ بالدخول.

---

(١) في ز: فإذا. (٢) سقط في ز.

وقوله في «الكتاب»؛ لأَن نكاحها يدفع نكاح الأمِّ وقوله بعد ذلك: «إن أفسدنا أنكحتهم» بيان لمأخذ القولَين، وهو الخلاف في صحَّة أنكحتهم على ما قدَّمناه.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَإِنْ أَسْلَمَ الحُرُّ عَلَى إِمَاءٍ أخْتَارَ وَاحِدَةً إِنْ كَانَ عَاجِزاً عِنْدَ الالْتِقَاءِ فِي الإِسْلاَمِ، فَإِنْ أَسْلَمَ عَلَى ثَلاَثٍ وَأَسْلَمَت وَاحِدَةٌ وَهُوَ مُعْسِرٌ وَأَسْلَمَتِ الثَّانِيَةُ وَهُوَ مُوسِرٌ وَالثَّانِيَةُ وَهُوَ مُعْسِرٌ انْدَفَعَتِ الثَّانِيَةُ وَيُخَيَّرُ بَيْنَ الأُولَى وَالثَّالِثَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الصورةُ الثالثةُ: قد مَرَّ أنه لو أَسلم الكافر، وتحته أَمَةٌ، وأَسلمت معه، يجوز له إمساكُها، إن كان ممَّنْ يحل له نكاحُ الإماء، ولا يجوزُ إن كان ممن لا تَحِلُّ له، وإن تخلَّفت، نُظِرَ؛ إن كان قبل الدخول، تنجزت الفرقة، سواءٌ كانت كتابيةً أو غير كتابية؛ لأن المسلم لا ينكح الأَمَةَ الكتابيةَ، كما لا ينكح الوثنيةَ، وإن كان بَعْدَ الدخول، وجَمَعَتِ العدةُ إِسْلامَهُما، فهو كما لو أَسلَمَتْ معه، وإن كانَتْ كتابيةً، وَعَتَقَتْ في العدَّة، فله إِمْسَاكها، إنْ لم تسلم، ولا عتقت أوكانَتْ وثنيةً، ولم تُسلِمْ إلى انقضاء مدَّة العدَّة، فتبيَّن اندفاع النكاح من وقت إِسلامه وإسلامهن [وإن كان تحته إماء وأسلم وأسلمن معه][1] فيختار واحدةً مِنْهُنَّ، إن كان ممن يحل له نكاحُ الإماء عند اجتماع إِسْلامه وإسلامهن، وإلا، فيندفع نكاحهن جميعاً، ولا فرق بين أن يُسْلِم أولاً أو يسلمن أوَّلاً، ولو أسلم، وتحته ثلاثٌ، فأَسلمت معه واحدةٌ، وهو معْسِرٌ خائفٌ من العَنَت، ثم أَسلمَتِ الثانيةُ في عدَّتها، وهو مُوسِرٌ، ثم أَسْلَمَتِ الثالثة، وَهُوَ مُعْسِرٌ خائف من العنت، فيندفع نكاحُ الثانية، لِفِقْدان الشَّرْط عند اجتماع إِسْلامه وإسلامها، ويُخيّر بين الأَولَىٰ والثالثة، وهذا مبنيٌّ على أن ظَاهِرَ الْمَذْهَبِ في اليسار أنه إنَّما يؤَثِّرُ في اندفاع النكاح، إذا اقترن بإسلامهما جميعاً، وقد سَبَق أَنَّ من الأَصحاب مَنْ يَنْظُر إِلَىٰ وقت إِسلامه، ويكتفي به، فعلَىٰ هذا لا تندفع الثانية أيضاً [بل تدخل في التخيير] ويجُوزُ لذلك إِعلامُ قوله في الكتاب «اندفعت الثانية» بالواو وأَيضاً فقد حَكَى الإِمَامُ عن أبيه أنه إذا حَلَّ له نكاح أمة فأَمَة أُخرَىٰ في معناها، وإِلَيْه الخيرةُ فيهن جميعاً.

وقوله «وإن كان عاجزاً عند الالتقاءِ» أي عن طَوْلِ الحُرَّةِ، ويعتبر مع ذلك خَوْفُ الْعَنَتِ.

فَرْعٌ: أسلم، وتحته إماءٌ، أو أَسلمتْ معه واحدةٌ منهنَّ، فله أَن يختار الَّتي أَسلمت، كما لو أَسْلَمْنَ جميعاً، وله أن يتوقَّف، وينتظر إلى إِسْلام الباقيات، فقد يكونُ بعضُهُنَّ آثر عنده، ثم إن أَصَرَرْنَ على الشِّرْك، تبيَّن أنهن بِنَّ من وَقْتِ اختلاف الدِّين، وأن عدَّتهن قد انقضَتْ، وإن أَسْلَمْنَ العدَّة، فيُنْظَر؛ إن كان قَدِ اختار الَّتي أَسْلَمَتْ أولاً،

---

(١) سقط في ز.

فتكون بينونتهن باختياره إيَّاها، وإنْ كان متوقِّفاً منتظراً، فأَسْلَمْنَ، اختار واحدةً منهن، واندَفَعَ نكاح الأُخْرَيَاتِ، ولو طلق التي أسلمت [أولاً][1] كان الطلاق متضمِّناً اختيارَهَا، ثم إنْ أصرت الباقيَاتُ، حتَّى انقضتِ العدَّةُ، بان [أنهنَّ بِنَّ][2] باختلاف الدِّين، وإن أسلمن في العدَّة، بَانَ أنهن بِنَّ من وقتِ الطَّلاَقِ، فإنه وقتُ الاختيار، وإن فسخ نكاح الَّتي أسلمتْ أولاً، لم ينفذ؛ لأن الباقياتِ متخلفاتٌ وإنما ينفسخ النكاح، إذا زدْنَ على العدد الجائزِ إمساكُهُ [وليس في الحال زيادة] ثم إنْ أصررنَ اندفَعْنَ باختلاف الدِّين، ولزمه نكاحُ الأولَى، وإن أسلمن في العدَّة، اختار مَن شَاء من الْكُلِّ، وفيه وجه أنه بإسلام الباقيات تبيَّن نفوذ الفسخ فيها، فلا يخْتَارُها، ولكنْ يختارُ واحدةً من الباقيات، والظَّاهِرُ الأول.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَإِنْ أَسْلَمَ عَلَى حُرَّةٍ وَإِمَاءٍ انْدَفَعَ نِكَاحُ الإِمَاءِ إِلاَّ إِذَا تَخَلَّفَتِ الحُرَّةُ وَأَصَرَّتْ، فَإِنْ أَسْلَمَتْ قَبْلَ عِدَّتِهَا انْدَفَعَ نِكَاحُ الإِمَاءِ إِلاَّ إِذَا عَتَقْنَ قَبْلَ إِسْلاَمِ الحُرَّةِ فَيَلْتَحِقْنَ بِالْحَرَائِرِ الأَصْلِيَّاتِ، وَلَوْ أَسْلَمَ عَلَى إِمَاءٍ وَتَخَلَّفَتْ وَاحِدَةٌ ثُمَّ عَتِقَتْ وَأَسْلَمَتْ قَبْلَ الْعِدَّةِ تَعَيَّنَتْ كَالْحُرَّةِ وَانْدَفَعَتِ الإِمَاءُ السَّابِقَاتُ، وَلَوْ أَسْلَمَ عَلَى أَمَتَيْنِ وَتَخَلَّفَتْ أَمَتَانِ فَعَتَقَتْ وَاحِدَةٌ مِنَ المُتَقَدِّمَتَيْنِ ثُمَّ أَسْلَمَتِ المُتَخَلِّفَتَانِ انْدَفَعَ نِكَاحُهُمَا إِذْ تَحْتَ زَوْجِهِمَا عَتِيقَةٌ وَاخْتَارَ وَاحِدَةً مِنَ المُتَقَدِّمَتَيْنِ؛ إِذْ كَانَ عِتْقُهَا بَعْدَ إِسْلاَمِهِمَا، وَإِسْلاَمُ الأُخْرَى لاَ يُؤَثِّرُ فِي حَقِّهَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الصورةُ الرابعة: إذا أسْلَمَ وتحته في نكاحه حُرَّةٌ وأربع إماء ـ مثلاً ـ وأسلَمْنَ، نُظِرَ، إن أسلمت الحرَّةُ معه، أو كانَتْ مدخولاً بها، فأسلَمَتْ بعده في العدَّة، تعيَّنت الحرَّةُ، واندفع نكاحُ الإماء، سواءٌ أسلمن قَبْلَ إسلامها، أو بعْده، أو تبيَّن إسلامُ الزَّوج والحُرَّة؛ لأنَ القُدْرة على الحُرَّة يمنع من اختيار الأمَةِ، وإذا تأَخَّر إسلامهن، فإن أسلمن في العدة، بِنَّ من وقتِ اجتماع إسْلاَم الزَّوْج والحُرَّة، وعدَّتُهن من ذلك الوقْتِ، وإن لم يُسْلِمَن، حَتَّى انقضت العدَّةُ، فبينونَتُهُنَّ باختلافِ الدِّين، إن لم يجتمعْ إسلامُ الحُرَّة مع إسلامه في العِدَّةَ، بأن أسلم الزوْجُ، وأصرَّتْ هي إلى انقضاء العدَّة، أو ماتَتْ في العدَّة، أو أسلمت هي أولاً، وتخلَّف الزوج إلى أن انقضَتْ عدتها، أو ماتَتْ، فالحكْمُ كما لو لم يَكُنْ في نكاحه حُرَّةٌ، فيختار وَاحِدَةً من الإماء على الوجه الذي سَبَقَ، وفي مدَّة تخلُّف الحُرَّة المدْخُول بها، لا يختار واحدة من الإماء سواء[3] أسلمن

---

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: إلاَّ إذا.

معَهُ، أو بعْدَهُ في العَدَّة، حَتَّى يَقَعَ اَلْيَأسُ منها بالْمَوْتِ أو انقضاء العدة، فإن اختار واحدةً قبل اليأس، ثم ماتَتِ الحُرَّة، أو انقضَتِ العدَّة وهي مصرَّة[١] فقد نقل الْمُزَنِيُّ - (رَحِمَهُ اللَّهُ) - ما يُشْعر بنفوذ الاختيار السابق، وبأنه في الابتداء موقوفٌ إِلَىٰ أن يظهر حال الحرَّةِ في الانتهاء.

وحكى الإمامُ؛ أن بعض الأصحاب غلَّطه، والصحيحُ تصحيحُ النقل، وحَمْلُهُ على أَحدِ القولَيْن في وقْته العقود، كما صوَّرنا في أول البيع، ومنهم مَنْ يجعل الخلافَ في المسألة وجهَيْن، وجميع ما ذكرنا فيما إذا لم يَطْرأ على الإماء عِتْق، فإن طرأ العتْق، قبل اجتماع إِسْلامِهِنَّ وإِسلام الزوج، بأن عَتَقْن، ثم أسلم الزوج، وأسلمن، أو أَسلَمْنَ، ثم عَتَقْنَ، ثم أسلم الزوج، أو أسلم الزوج ثُمَّ عَتَقْنَ، ثم أسلَمْنَ، فيلحقْنَ بالحرائر الأصليَّاتِ، حتى لو أسلمتِ الحرَّةُ، ثم أسلمت الإماء المتخلفات بعدما عَتَقْن، فهو كما لو أَسْلَمَ على حرائر، فيختارُ منهنَّ أربعاً كيْفَ شاء، وفي كتاب القاضي ابنِ كَجٍّ أَنَّ أبا الحسين القطان حَكَى وَجْهاً فيما إِذا أسلم، وتحْتَهُ حرائرُ وإماءٌ، وعتَقَتِ الإِماءُ، ثم أَسْلَمْنَ أنه لا يجوز له إِلاَّ اختيارُ الحرائرِ الأصلياتِ، ولو تخلَّفت الحرةُ، واجتمع إِسلامه وإِسلامُهن، وهنَّ عتيقاتٌ، فله أن يختارهن، ثم يُنْظر، إِن أسلمتِ المتخلِّفة في العدَّة، بَانَتْ بٱختياره الأربع، وإِن لم تُسْلِم، بَانَتْ بٱختلاف الدِّينِ، وإِن أَخَّرَ الاختيار انتظاراً لإِسلام المتخلفة.

ذكر الشيخ أَبُو حَامِدٍ أنه جائِزٌ وَقَالَ ٱبْنُ الصَّبَّاغ عنْدِي لا معْنًى لتأخير اختيار الكُلِّ، فإِنَّه يلزمه نكاح ثلاثٍ منهن لا محالَةَ، فيختار ثلاثاً، ثم إِن أسلمتِ المتخلِّفة في العدَّة، اختارها، أو الرابعة من العتيقات، وإِنْ لَمْ تُسْلِم، لزمه نكاح الرابعة من العَتِيقات، ولو أَسْلَمَ، وليس في نكاحه إلا الإِماءُ، وتخلَّفْنَ، وَعَتَقْنَ، ثم أَسلَمْنَ في العدَّةِ، اختار مِنْهُنَّ أَرْبَعاً، كالحرائر الأَصليات، ولو أَسْلَمْنَ معه إلا واحدةً، ثم أَسْلَمَتِ المتخلِّفة في العدَّة بعْد ما عتقَتْ، تعيَّنت [للنكاح][٢] كالحرَّة الأَصليَّة، وَلَوْ كانتْ تحْتَه أَربعُ إماء، فأَسلَمتْ معه اثنتان، وتخلَّفت اثنتان، فعتَقَتْ واحدةٌ من المتقدِّمتين، ثم أَسلَمَتِ المتخلِّفات على الرِّقِّ، اندفع نكاحهما؛ لأن تحْتَ زوجهما عتيقةً عند اجتماع إِسلامهما وإِسلام الزوج، ولا تندفعُ الرقيقةُ المتقدِّمة؛ لأَن عتْقَ صاحبتها كان بعْد اجتماع إِسلامها، وإِسلام الزوج، فلا يَؤثِّر في حَقِّها، بل يختار واحدةً منهما[٣].

---

(١) وعبارة الروضة: فالمذهب أنه يجب اختيار جديد، ولا يتبين صحة ذلك الاختيار.

(٢) سقط في ز.

(٣) قال الشيخ البلقيني: اتبع في ذلك الغزالي، وقال ابن الصلاح في كلامه على الوسيط: استقر الرأي، بعد البحث والتنقيب على الحكم على الغزالي بأنه ساه في هذه المسألة على المذهب

ولو كانَتْ تحتَه إماءٌ فأسلم الزوْجُ مع واحدةٍ، ثم عَتَقَتْ، ثم عتَقَ الباقياتُ، وأسلمْنَ، اختار أربعاً منهن لالتحاقهن بالحرائر الأصليات، وليس له اختيار الأولَى؛ لأنها كانَتْ رقيقةً عند اجتماع الإسلاميين، فيدفع الباقيات العتيقات عند اجتماع الإسلاميين لو كانَتْ تحته أربعُ إماءٍ، فأسلمت معه اثنتان، ثم عتقتا، وعتقت المتخلِّفتان، ثم أسلمتا، يتعيَّن الأُخريات للامساك؛ لحريتهما عند اجتماع الإسلاميين، ولا يجوز إمْسَاك الأوليين، لِرقِّهما عند اجتماع الإسلاميين، واندفاعهما بالعتقين[1].

ولو أسلم الزوْجُ وتخلَّفنَ، ثم عتَقَتْ الاثنتان، ثم أَسلمتا، وأسلَمَتِ الأخريات، ثم عتقتا، يتعيَّن الأُوليان للإمْسَاك، ويندفعُ بهما الأُخرياتُ، والنظر في جميع ذلك إلى حالة اجتماع الإسلاميين لأنها حالة إمكان الاختيار، هذا كما أن النَّظَرَ في اليسار والإعسار، وفي خوف العَنَتِ، الأمن منه إلى حالة اجتماع الإسلاميين.

وقوله في الكتاب: «اندفع نكاح الإماء» يمكن إعلامه بالواو؛ بوجه قدَّمناه في أن نكاح الأمة لا يندفع بالحرة، وعلى ذلك الوجْهِ يُمْسِكُ الحرَّة، ويختار واحدةً من الإماء؛ (والله أعلم).

وقوله: «فإن أسلمَتَ قَبْلَ عِدَّتِهَا، اُندفع نكاحُ الإمَاء» يفيده قولُه أولاً «اُندفع نكاح الإماء إلا إذا تخلفت وأصرت» وإنما أعاده لِيَسْتثْنِي منه؛ ما إذا أُعْتقن، كأنه يقول: وإنَّما يندفع نكاحُهُنَّ، إذا استمر رِقّهن، أما إذا أُعْتِقْنَ، فلا.

وقوله: «ولو أسلم على أَمَتَيْنِ، وتخلَّفت أَمتان» وفي بعض النسخ، ولو أسلم على أربع، وتخلَّفتِ اثنتان وكلُّ واحدةٍ منهما مؤدٍّ للغرض.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَلاَ خِيَارَ لَهَا إِلاَّ إِذَا أُعْتِقَتْ تَحْتَ عَبْدٍ، وَلَهَا تَأْخِيرُ الْفَسْخِ لِعُذْرِ انْتِظَارِ إِسْلاَمِ الزَّوْجِ إِنْ أَسْلَمَتْ قَبْلَهُ، فَإِنْ فَسَخَتْ نَفَذَ، وَتَظْهَرُ فَائِدَتُهُ لَوْ أَسْلَمَ الزَّوْجُ

= هنا، وفي البسيط والوجيز وليس كذلك اختياراً له تعمده فما هكذا تذكر الاختيارات، وصوابه أنه لا يندفع نكاح المتخلفتين بل يتخير بين الأربع لأن عتق إحدى المتقدمتين كان بعد اجتماعهما على الإسلام والقاعدة المقررة أن مثل هذا العتق لا يجعلها كالحرائر بل يبقى حكمها حكم الإماء في حقها وفي حق غيرها وكان منشأ السهو وهمه أنه سبق وهمه إلى أنه لما كان عتق المتقدمة واقعاً قبل اجتماع الزوج والمتخلفتين في الإسلام التحقت بالحرائر في حق المتخلفتين وهذا خطأ لأن الاعتبار في ذلك باجتماع العتيقة نفسها والزوج في الإسلام لا باجتماع غيرها والزوج وهذه العتيقة كانت رقيقة عند اجتماعها هي والزوج في الإسلام فكان حكمها حكم الإماء في حقها وحق غيرها. انتهى كلام ابن الصلاح وهو الصواب.

(١) في ب: بالعتيقين

فَتَكُونُ عِدَّتُهَا مِنْ وَقْتِ الْفَسْخِ فَإِنْ أَجَازَتِ ٱبْتَنَى عَلَى وَقْفِ العُقُود، وَأَمَّا العَبْدُ إِنْ أَسْلَمَ عَلَى حُرَّةٍ فَلاَ خِيَارَ لَهَا.

قال الرَّافِعِيُّ: أَصْلُ الفَصْل أَنَّ عِتْقَ الأَمَّة تَحْتَ الْعَبْدِ من الأَسباب المبيِّنة للخِيَار على ما سيأتي، وقد تعتق المنكوحة في «مسائِلِ المُشْرِكَات» مع عروض الإِسلام، والغرضُ الآن بيان حُكْمه وفيه مسألتان:

الأُولى: إذا نكح العبدُ الكافرُ أُمةً في الكُفْر، ثم دَخَلاَ في الإِسْلاَمَ وعتَقت الأمةُ، فينظر؛ إن عتقت بعد اجتماع الإسلاميين، فهي كسائِرِ الإِمَاءِ يُعْتَقْنَ تحت العبد، وليس ذلك من صُورَ الباب، وإن عتَقَتْ قبل اجتماع الإِسلاميين، فللمسألة حالتان، [والغرض فيما إذا كانَتْ مدخولاً بها](١).

الحالة الأُولَى: أَن تسلم هي أولاً، ويتخلَّف الزوج، فلَيْسَ لها الإِجازةُ سواءٌ عَتَقَتْ، ثم أَسْلَمَتْ، أَو أسلمت ثم أُعْتِقَتْ لأنَّها تعرض البَيْنُونة، فلا يَلِيقُ بِحَالِها اختيارُ الإقامة، لأَنها مسْلِمَةٌ فكيف تقيم تحتَ كافر، ولا يبْطُلُ بهذه الإجازة حقُّها ومن الفسخ، وإن [اختارت](٢) الفسخ في الحال. يجوز؛ لأَنه يلائم حالَها، ولا يلزمها الانتظارُ إِلَى أَن يظهر حالُ الزَّوْج من الإِسلام والإِصرار على الكُفْر، لأَنَّها، لو أَخرت الفَسْخ إِلَىٰ ما بعد إِسلام الزَّوْج كانت عِدَّتُهَا من يومئذٍ، فيدفع بالتعجيل طُولُ التربُّص، ثُمَّ إذا فسخت، فإن أسلم الزوج قبل أن تنقَضِيَ مدَّة عدتها، فالعدَّةُ من وقْت الفسْخ، وتعتدُّ عدةَ الحرائر، وإن لم يُسْلِمْ إلى أَن انقضتِ المدَّة فعدتها من وقت إِسْلامها، ويلغو الفسْخُ؛ لحُصُول الفِراقِ قبله؛ وتعتدّ عدَّةَ الحَرائِرِ، إن عتَقَتْ، ثم أَسلمت، وإن أَسلمت، ثُمَّ عتقت، فهذه أمة عتقت في أثناء العدَّة، فتكمل عدَّة الحَرَائر، أَم تقتصر على عدة الإِماء؟ فيه طريقان للأصحاب.

أقربهما: إِلَى قضية نَصِّ الشَّافِعِيِّ ـ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ ـ وهو الجواب في «الشَّامِلِ» وغيره أَنها كالرجعيَّة تُعْتَقُ في أَثناء العدَّة.

والأظهر: أَنها تكمل عدة الحرائر.

والثاني: أَنها كالبائنة تُعتق في أَثناء العدة، والأظهر؛ فيها: الاقتصار على عدَّة الإِماء. وموضعُ الخلاف فيهما «كتاب العدة ووجه الإِلحاق بالرجعية تمكين الزوج من استيفاء النكاح، واستدراك الأمر بالإِسلام يمكنه هناك بالرجعة، ووجه الإِلحاق بالثانية أن البائنة لا تكونُ بينونتها بانقضاءِ العدَّة، وكذلك هذه التي أَسلَمَتْ، ثم عتقت، وأصر

(١) سقط في ز.

(٢) من ز: اجازت.

الزوج، فإنا نَحْكُمُ بحصول البينونة من وقْتِ إسلامها، بخلافِ الرجْعيَّة، فإنَّها تَبِينُ بانقضاء العدة، ولو أرادتْ تأْخِيرَ الفَسْخ إِلَى أَنْ يتبيَّن حال الزوجِ، يجوز، ولاَ يَبْطُلُ خِيَارُهَا كالرَّجْعِيَّة إذا عتَقَتْ في العدة، والزوج رقيق، يجوز لها التأْخيرُ، ثم إن لم يسلم الزوج إِلَى أن انقضت مدة العدة، سقط الخيار، وعدتُها من وقْتِ إسلامها، وتعتدُّ عدةَ الحرائر، إن عَتَقَتْ، ثم أسلمت، [وإن أسلمت][1] ثم عتقت، فعدتها عدَّةُ الحرائر أم عدة الإماء فيه الخلاف السابق، وإن أسلم الزوج، فلها الفسخ، وتعتد من وقْتِ الفسخ عدَّةَ الحرائر.

الحالة الثانية: إذا أَسْلَمَ الزَّوْجُ أَوَّلاً، وتخلَّفت [وَعَتَقَتْ][2] فظاهر المذْهَب ثبوتُ الخيارِ لتضررها برق الزوج وفي «التَّتِمَّةِ» أن من الأَصحاب مَنْ لَمْ يُثْبِتْ لها الخيار؛ لأَنَّ خيار العِتْق من أحكام الإسلام، وهي كافرةٌ، فلا يثبت لها حُكْم الإِسْلام، وأما إذا قلْنا بالظاهر فلها تأخير الفَسْخ والإجازة، ثم إن أسلَمَتْ قبل مضيِّ مدَّة العدَّة، وفسختِ، اعتدَّتْ من يوم الفسخ عدَّةَ الحرائر، وإن لم تسلم، حتى انقضَتْ عَدَّتها، بانَ حصولُ الفراقِ منْ وقْت إسلام الزَّوْج، وتعتدُّ عدَّة الحرائر أم عدة الإماء، فيه الخلاف السابق [و] قَالَ الإِمَامُ: والظاهرُ ههنا إلحاقُها بالبائِنَةِ؛ لأنه لَيْسَ بيد الزَّوْج شيْءٌ، إذا كانت هي المتخلِّفَةَ، ولو أجازتْ قبل أَنْ تُسْلِمَ، لم تَصِحَّ الإجازة؛ لأنها لا تلائم حالَهَا؛ لأَنَّها تَعْرِضُ البينُونَةَ، وفي النِّهاية أَنَّ بعض الأئمَّة حكى عن صاحب «التَّقْرِيب» أنها صحيحة، قال: ولم أره في طريقه ولو فسخت فظاهر ما نقله المُزَنِيُّ[3] أنه لا يصحُّ أيضاً؛ لأنه حَكَى عَنِ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّه عَنْهُ - أَنَّهُ قَالَ: ولو لم يتقدَّم إِسْلاَمُهُنَّ قبل إسلامه، واخترن فراقه أو المقام معه، خُيِّرْنَ حين أَسْلَمْنَ وألغى اختيار الفراق كاختيار المقامِ، وقد أخذ بِهَذا الظاهر بعض نَفَرٍ من الأَصحاب، منهم أَبُو الطَّيِّبِ بنُ سَلَمَةَ ووجوهه بأنه لا حَاجَةَ بِهَا إلى الفَسْخ؛ لأنها تنتهي إلى البَيْنُونَة، وإِسْلاَمها بيدها، إن أَسْلَمَتْ، فسخت، وإلاَّ، بَانَتْ وَقْتِ إسلامه، وليس كما إذا تخلَّف الزوج، فإن إسلامه لا يتعلَّق بأختيارها، فلا يأمنُ أن يُسْلِمَ في مدة العدة.

وَقَالَ أَكْثَرُ الأَصْحَابِ يَنْفُذ الْفَسْخُ، كما في الحالة الأُولَى.

والإِسْلام وَاجِبٌ، عَلَيها في الْحَالِ، فليس لها تأخيرُهُ إلى انقضاء مُدَّةِ الْعِدَّةِ ثم من هؤلاء من لم يُثْبِتِ النَّقْلَ عن الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -.

---

(١) سقط في ز. (٢) سقط في ز.

(٣) وعبارة الروضة ولو فسخت نفذ الفسخ على الصحيح وقول الأكثرين كالحالة الأولى وقيل: لا ينفذ وبه قال ابن سلمة وهو ظاهر نقل المزني لكنه يؤوّل عند الجمهور.

قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ: المسألة مذكورةٌ في «الأم» وليس فيها اختيار الفسخ، وإنما المذكور اختيارُ المقام، فلا أدْرِي مِنْ أين زاد الْمُزَنِيُّ ٱختيار الفَسْخ ومنهم من أوّل فقال قد ذكر اختيار الفسخ والمَقَام معاً؛ لكنّه أجاب عن ٱختيار المقامِ خاصّة وقد يفعل الشَّافِعِيُّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ مِثْلَ ذَلِكَ.

المسألة الثانية: أسلم الزوْجُ الرقيقُ، هَلْ يَثْبُتُ الْخِيَارُ لِزَوْجَتِهِ الْكَافِرَةِ؟.

فيه وجهان:

أظهرهما: على ما ذَكَرَ ٱلإِمَامُ وَالْمُتوَلِّي: المنعُ، وبه قَالَ ابنُ أَبِي هُرَيْرَة: لأنها رَضِيَتْ بِرِقِّهِ أولاً، ولم يحدُثْ فيها عِتْقٌ.

والثاني: يثبت، وبه قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ؛ لأنَّ الرِّقَّ نَقِصٍ في الإِسلام من حَيْثُ إن الرقيق لا يساوي الحرَّ في الإِسلام وفي الشرك يتميز الحرُّ عن الرقيق، وَهَذَا ظَاهِرُ النَّصِّ؛ لأنه قال «في الْمُخْتَصَرِ»: ولو كان عبد عنده إماءٌ وحرائرُ مسلماتٌ وكتابياتٌ ولَمْ يَخْتَرْنَ فراقَهُ، أمْسَكَ ٱثنَيْنِ بشَرْطِ ألا يخترن فراقه، ومن قال بالأول، ٱدَّعَى أنَّ الجواز يرجع إلى الإِمَاء خاصَّة، والمراد ما إذا قال الدَّارِكِيّ: وهذا الخلاف في حَقِّ أهل الحرب، فأما الذِّمِّيَّةُ مع الذِّمِّيِّ، فَلاَ خِيَارَ لَهَا؛ لأنَّها رَضِيَتْ بأحكامنا، وقوله في الكتاب «وإن جازت ٱبْتَنَى على وقْفِ العقود» جهة الوقْف أن الإِجازة إنما تفيد بتقدير إسلام الزوج، أما إذا أصر فلا يُتَصوَّر إقامةُ المسلمةِ تَحْتَ الكافر، لكنْ تُخرَّجُ المسألة على وقْف العقود، ولم يذْكُره سائر الأصحاب، ولا تعرَّض له صاحبُ الكتاب في «الْوَسِيطِ» بل أطلقوا القول بِالْبُطْلاَنِ عَلَى مَا مَرَّ.

وقولُهُ: «وَأَمَّا الْعَبْدُ، إِنْ أَسْلَمَ عَلَى حُرَّةٍ» قَدْ يُوهِمُ ٱخْتِصَاصَ الكلام في الحرَّة، وأورد في «الوسيط» الوجهَيْنِ فيما إذا أسلَمَتِ الحُرَّة، و لا اختصاصَ لها بِالحُرَّة ولا بما إذا أسْلَمَتْ، بل هما جاريان في الحرَّة والأمة، وفيما إذا أَسَلَمَتِ الزَّوْجة، وفيما إذا لم تُسْلِم، إذا كانتْ كتابيةً، لِذَلِكَ ذَكَرَهُ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» وغيره، وقوله «ولا خيار لها» معْلَمٌ بالواو.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَلَهُ أَنْ يَخْتَارَ ٱثْنَتَيْنِ أَبَداً مِنَ الحَرَائِرِ وَالإِمَاءِ؛ لأَنَّ الأَمَةَ فِي حَقِّهِ كَالْحُرَّةِ، فَإِنْ عَتَقَ قَبْلَ إِسْلاَمِهِنَّ ٱلْتَحَقَ بِالْحُرِّ فَلاَ يَخْتَارُ مِنَ ٱلإِمَاءِ إِلاَّ وَاحِدَةً وَيَخْتَارُ مِنَ الحَرَائِرِ أَرْبَعاً، وَإِنْ كَانَ تَحْتَهُ حُرَّةٌ وَإِمَاءٌ ٱنْدَفَعَ نِكَاحُ الإِمَاءِ، وَإِنْ أَسْلَمَ مَعَهُ حُرَّتَانِ ثُمَّ عَتَقَ فَأَسْلَمَتِ البَاقِيَاتُ مِنَ الحَرَائِرِ فَلاَ يَزِيدُ عَلَى ٱثْنَتَيْنِ، لأَنَّهُ وَجَدَ كَمَالَ عَدَدِ العَبِيدِ قَبْلَ الحُرِّيَّةِ، وَإِنْ أَسْلَمَتْ وَاحِدَةٌ فَعَتَقَ ثُمَّ أَسْلَمَ البَاقِيَاتِ ٱخْتَارَ أَرْبَعاً؛ لأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ كَمَالُ العَدَدِ قَبْلَ الحُرِّيَّةِ، وَلَوْ أَسْلَمَ عَلَى أَرْبَعِ إِمَاءٍ فَأَسْلَمَتْ ثِنْتَانِ، ثُمَّ عَتَقَ فَأَسْلَمَتِ المُتَخَلِّفَتَانِ**

يَخْتَارُ الأُوْلَيَيْنِ وَلاَ يَخْتَارُ المُتَخَلِّفَتَيْنِ، وَهَلْ يَخْتَارُ وَاحِدَةً مِنَ الأَوْلَيَيْنِ وَوَاحِدَةً مِنَ الأُخْرَيَيْنِ؟ فَوَجْهَانِ، وَقِيلَ: يَخْتَارُ الأُخْرَيَيْنِ أَيْضاً إِنْ شَاءَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: العبْدُ الكافرُ، إذا أسلم، وتحتَه أكثر من امرأتين، وأسلمن معه، أو بعده في العدَّة، إن كان قد دَخَلَ بِهِنَّ يَخْتَارُ اثنتين منهنَّ، سواءٌ كُنَّ حرائر، أو إماءً، وإن كُنَّ حرائرَ وإماءً، فإن شاء، ٱختار حُرَّتَيْن، وإنْ شاء، أَمَتَيْنِ، وإن شاء، حُرَّةً وأَمَةً، ولو سَبَقْنَ إلى الإِسْلام.

ثم أسلم قبل انقضاء عِدَّتِهِنَّ، فكذلك الحكْمُ، ولو طرأ العِتْقُ عليه، وكان قد تزوَّج في الشِّرْك بعدد من النِّسْوة، فيُنْظر؛ إن عتق بعْد اجتماع الإِسلامين، لم يختر إلاَّ ٱثنتين، ولم يُؤثِّرِ العِتْقُ في اختياره، زيادةً، وإن عَتَقَ قبل اجتماع الإِسلامين؛ بأن عَتَقَ قبلَ إسلامه وإسلامِهِنَّ، أو بين إسلامه وإسلامِهِنَّ، تقدَّم إسلامه أم تأخَّر، فحكمه حكْمُ الأحرار، وللزَّوْجَاتِ أحوالٌ ثلاث:

الحالة الأولى: أن يتمحض حرائر، فيختار أربعاً منهُنَّ، ولو أسلمتْ منهن ثنتانِ معه ثم عَتَقَ، ثم أَسْلَمَتِ الْبَاقِيَاتُ، فليس له إلا اختيار ثنتين؛ إما الأُولِيين أو ثِنْتَيْنِ من الباقيات، أو واحدةً من الأولِيين، وواحدةً من الباقِيَاتِ، وإن أسلمتْ معه واحدةٌ، ثم عَتَقَ، ثم أَسْلَمَ الباقياتُ، فله اختيارُ أربعٍ مِنْهُنْ، والفرقُ: أنَّه إذا لم يُعْلِمْ معه إلاَّ واحدةٌ لم يكمل عددُ العبيد، وإذا أسلمتُ اثنتانِ، ثم عَتَقَ، كَمُلَ عدد العبيد قَبْل العِتْق فحدوث الحرية من بعْد لا تفيد زيادةً عليه، وشبَّهوا الصورتَيْنِ بما إذا أطلَّق العبْدُ امرأة طلقَتَيْنِ، ثم عَتَقَ لم يملكْ بالعِتْق طلقةً ثالثةً، ولم يَجُزْ لَهُ نِكَاحُهَا إلاَّ بِمُحَلِّلٍ، ولو طلقها طَلْقَةً، ثم عَتَقَ، ونكحها، أو راجَعَها، ملَكَ طلقتين، وبما إذا عتقتِ الأَمَةُ في القرءين تُكَمِلُ ثلاثة أقراء، وإن عتَقت بعْد تمامها، لم يلزمْها شيْءٌ آخرُ، وبما إذا كانَتْ تحته حُرَّةٌ وَأَمَةٌ، يقسم للحرَّةِ لِيلَتَيْنِ، وللأمة ليلَةً، ثم عَتَقَتِ الأمةُ، إن عتقت بعْد تمام ليلتها، لم تستحقْ زيادةً، وإن عَتَقَتْ قبل تمامِهَا، كمَّل لها ليلَتَيْنِ.

وذكر الأصحاب عِبَارَةً جامعةً لهذه المسائِلِ، فقالوا: الرِّقُّ والحُرِّيَّةُ، إذ تبدَّل أحدهما بالآخر، فإنْ بَقِيَ من العدَدِ المعلَّق بكل واحد من الزائِلِ والطَّارِىء شيْءٌ، أثَّر الطارِىءُ، وكان الثابتُ العددَ المعلَّقَ به زائداً كان أو ناقصاً، وإن لم يَبْقَ شَيْءٌ منهما جميعاً، لم يؤثِّر الطارِىءُ، ولم يغيِّر حكماً، فإذا أَسْلَم معه حُرَّتَانِ، ثم عَتَقَ، لم يبْقَ من العدَدِ المعلَّق بالزائدِ شيْءٌ، وبقي العدَدُ المعلَّق بالطارىء اثنتان، فلم يَثْبُتِ العددُ المعلَّق بالطارىء، وإذا أسلَمَتْ معه واحدةٌ، بَقِيَ من العدد المعلَّق بالزَّائِلَ شيْءٌ ومن العدد المعلَّق بالطارىء شيْءٌ، فأثَّر العتْقُ، وثبَتَ حكْمُه، وعلَى هذا قياسُ باقي المسائِلِ، وعلَى هذا الأصْلِ؛ قَالَ ابنُ الْحَدَّادِ: لو طلَّق الذِّمِّيُّ زَوْجَتَهُ طلْقَتَيْنِ، ثم ٱلْتَحَقَ بدارِ

الحَرْب ناقضاً للعَهْد، فسُبِيَ وٱسْتُرِقَّ، ونكح تلْكَ المرأة بإذْن مالكه، يَمْلِكُ عليها طلْقةً؛ لأنه بَقِيَ من عدد الزائل شيْءٌ، ولم يبْقَ من العدد الطارىء شيْءٌ، فلم يؤثِّر الطارىءُ، ولو كانَ قَدْ طلَّقها طلقةً، فإذا نَكَحَهَا، لا يَمْلك عليها إلا طلْقةً؛ لأنه قد بقي من العددِ الزائلِ طلْقَتَانِ، ومن العدَدِ الطارىء طلقةٌ، فكان للثابت حكمُ الطَّارىء، وهو الرِّقُّ ههنا، وهذه الصورةُ مع صورة حدُوثِ العِتْق بعْد تطليق العَبْد طلقة أو طلقتيْن مذكورتان في الكتاب في كتاب «الطلاق»، وٱعْرِفْ بعد هَذَا شيئَيْنِ:

أحدهما: أنَّ القاضِيَ ٱبْنَ كَجٍّ ذَكَرَ أن أبا الحُسَيْن، حَكَى وَجْهاً؛ أنَّه إذا أسلَمَتْ معه واحدةٌ، ثم عَتَقَ، ثم أسْلَمَتِ الباقياتُ لا يختار إلا اثنتين، كما لو أسلَمَتْ معه اثنتان، وفي شَرْحِ الشَّيْخ أبي عليٍّ حكايةُ وجهٍ في صُورَةِ ابْنِ الْحَدَّادِ؛ أنه إذا طلَّق طلقتين، ثم سبى واسترق لم يكن له أن ينكحها إلاَّ بمحلِّل، وَهُمَا غَرِيبَانِ.

الثَّاني: قال الإمام ـ رَحِمَهُ اللَّهُ ـ: المسائلُ المستَشْهَدُ بها قَدْ تنفصل في نظَرِ الفقيه عن هذه الْمَسْأَلَةِ، وذلك؛ لأن العبد إذا طلَّق طلقتين، وقع الحكْمُ بالتحريم المخوجِ إلى المحُلِّل، فحصولُ العتق بعْده لا يؤثِّر في رفْعِهِ فإذا مضى قرءان، وقع الحكْمُ ببراءة الأمة، وبحلِّها للأزواج، وكذا في باقي النَّظَائِرِ، وههنا لا يَصِيرُ مستوفياً لحقِّه بإسلام اثنتين معه، وإنَّما يصير مُتَمَكِّناً من الاستيفاء، والتمكن من الشيء، لا يحلُّ محلَّ الشيء لكن المنقولُ ما تقدَّم.

الحالةُ الثَّانيةُ: أن يتمحَّضنَ إماءً، فإنْ كُنَّ قد عَتَقْنَ عند ٱجتماعِ الإِسْلامين، ٱختار مِنْهُنَّ أَرْبَعاً، وإلاَّ، فَلاَ يَخْتَارُ إلاَّ وَاحِدَةً بِشَرْطِ الإِعْسَار وخوْفِ الْعَنَتِ، ولو كان تحْتَه أربعُ إماءٍ، فأسلَمَتْ معه اثنتانِ، ثم عَتَق، ثم أسلمتِ المتخلِّفتان، لم يكن له إلاَّ اختيار اثنتين؛ لأنه وجد كمال عدد العَبِيد قَبْل العتق، ويجُوزُ ٱخْتِيَار الأُوليين؛ لأنَّه كانَ رقيقاً عنْدَ ٱجتماع إسْلامه وإسْلاَمِهِما، ولا يَجُوزُ ٱخْتِيَارُ المتخلِّفتَيْن؛ لأنه كان حُرّاً عنْد إسْلاَمِهِما، ولا يجُوز للحُرِّ إمساكُ الأمة، وفي حكْم نكاحِهِ حرَّةٌ، وَهَلْ يختار واحدةً من الأُوليَيْنِ وواحدةً من الأُخريين؟.

حَكَى الْفُورَانِيُّ فِيهِ وَجْهَيْن:

أصحهما: المنع، وعن القاضي حُسَيْن؛ أنَّه يجوز ٱختيارُ الأخريين أيضاً؛ لأنَّهما اجتمعتا معَهُ في الإِسْلام قَبْل انقضاءِ العدَّة، فأشبهتِ الأوليين، ولو أن المتخلِّفتين عَتَقَتَا بعْد عتقه، ثم أسْلَمَتا، فله اختيار الأخريين، وله اختيارُ واحدةٍ من الأوليين وواحدةٍ من الأخريين، لأنهما، والحالةُ هذه، حرَّتانِ عند اجتماع إسْلامه وإسْلاَمِهِما، فصار كما لو كانَتْ تحته أربعُ حرائر، وأسلمتْ معه اثنتانِ، ثم عَتَق، ثم أسلَمَتِ الأُخريان، يختارُ ٱثْنَتَيْنِ، كيف شاء، ولو أسلمتْ معَه واحدةٌ من الإِمَاءِ الأَرْبَعِ، ثم عَتَقَ، ثم أسلَمَتِ

البواقي قَالَ في «التَّتِمَّةِ» لا يختار إلاَّ واحدةً على ظاهِرِ المذْهَب، وهذا هو الجواب في«التَّهْذِيبِ» لكن قياس الأصْلِ الذي سبق أن يجُوزَ له اختيارُ اثنتين؛ لأنه لَمْ يَسْتَوْفِ عدد العبِيدِ قبل العتق.

وإذا قلْنا: إنه لا يختار إلاَّ واحدةً، فيتعيَّن الذي سبَقَ إسلامها.

كذا ذَكَرَ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» «والتَّتِمَّة».

قَالَ فِي «التَّتِمَّةِ» وعلَى طريقَةِ القاضي؛ يختار في الجُمْلة واحدةً، وعكَسَ الإمام فحكى عن القاضي أن الأُوَلى تتعيَّن، وعدها هَفْوةً منه.

وعن سائر الأصْحَاب: أنه يختار من الجُمْلة واحدةً، ولو عتقَتِ البواقِي في صُورة إسْلام الواحدةِ معه، ثم أسْلَمْنَ؟ قَالَ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ»: له إمساكُ الكلِّ؛ لأنَّه لم يستَوْفِ عدد الرِّقِّ قبل العتق، فله إمساك الأُولَىِ؛ لأنه كانَ رَقِيقاً عند اجتماع إسْلاَمِهِ وإسْلامِهِنَّ، والبواقي كُنَّ حرائِرَ عند اَجْتماعِ إسْلاَمِهِ وإسْلاَمِهِنَّ، فله إمساكُهُنَّ؛ لأنَّ إدخالَ الحَرَائِرَ عَلَى الإماء جائز.

الحالة الثالثةُ: إذا كُنَّ حَرَائرَ وإماءً، فيندفع نكاح الإماء، ويختار من الحَرَائر أربعاً، إن زدْنَ على أربع، وإلاَّ، فَيُمْسِكُهنَّ، ولو كان قد نَكَحَ حُرَّتَيْن [وأمتين][1] وأسلَمَتْ معه حُرَّة [وأمة][2] ثم عَتَق، ثم أسلَمَتِ المتخلِّفتان، فلا يختارُ إلاَّ اَثنتَيْنِ؛ لاستيفاء العدَدِ قبل العتق، وله اختيار الحرَّتَيْنِ، واختيار الأمة الأولَى مع حرَّة، وليس له اختيارُ الثانية معَ حُرَّة؛ لأنَّه كان رَقِيقاً عند اجتماع إسلامه وإسلام الأولى وحراً عند اَجتماعِ إسلامه وإسلام الثانية، ولا يجوز له اختيارُ الأمة، وفي حُكْم نكاحِهِ حرةً.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **(الفَصْلُ الثَّالِثُ فِي الاخْتِيَارِ) وَلَهُ طَرَفَانِ: (أَحَدُهُمَا: أَلْفَاظُهُ) وَلاَ يَخفَى صَرِيحُهُ، وَلَوْ طَلَّقَ وَاحِدَةً تَعَيَّنَتْ لِلنِّكَاحِ، وَلَوْ ظَاهَرَ أَوْ آلَى لَمْ تَتَعَيَّنْ، وَلَوْ قَالَ: فَسَخْتُ نِكَاحَهَا وَفُسِّر بِالطَّلاَقِ تَعَيَّنَ لِلنِّكَاحِ، وَإِنْ أَطْلَقَ حُمِلَ عَلَى تَعْيِينَها لِلفِرَاقِ، وَإِنْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَقَدِ اَخْتَرْتُكِ لِلنِّكَاحِ أَوْ لِلفِرَاقِ لَمْ يَصِحَّ التَّعْلِيقُ، فَلَوْ قَالَ: فَأَنْتِ طَالِقٌ صَحَّ وَحَصَلَ الاخْتِيَارُ ضِمْناً، وَالوَطْءُ هَلْ يَكُونُ كَتَعْيِينِ النِّكَاحِ؟ فِيهِ خِلاَفٌ، وَلَوْ قَالَ: حَصَرْتُ الْمُخْتَارَاتِ فِي سِتَّةٍ مِنَ الجَمَاعَةِ اَنْحَصَرَتْ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: عَقَد الفصل؛ لبيان ألفاظ الاختيار وأحْكَامِهِ.

أما الألفاظ، فمثل أن يقول: اَخْتَرْتُ نِكَاحَكِ، أو تقريرَ نكاحِكِ، أو حَبْسَكِ، أو

---

(١) سقط في ز.
(٢) سقط في ز.

عَقْدَكِ، أو اخترتُكِ، أو أمسكتُ نكاحَكِ، أو [أمْسَكْتُكِ][(١)] أو ثَبَّتَ نكاحُكِ، أو ثَبَّتُّكِ، أو حَبَسْتُكِ على النِّكَاحِ، وإيراد الأئمة يُشعر بأنَّ جميع ذلك صريحٌ، لكنَّ الأقرب أن يُجْعَلَ قوله: اخْتَرْتُكِ، وأمسَكْتُكِ من غير تعرُّض للنكاح كِنَايَةً[(٢)]، وإذا كان تحته ثَمَانِ نِسْوَةٍ مثلاً، وأسلمن معه، فاختار أَرْبَعاً منهنَّ للفسخ، وهو يريدُ حلَّه بلا طلاقٍ، لزم نكاح الأربع البواقي، وإن لم يتلفَّظ في حَقِّهِنَّ بشيءٍ ولوْ قَالَ لأربع: أريدُكُنَّ، أو لأربعٍ: لا أريدُكُنَّ، قَالَ فِي «التَّتِمَّةِ»: يحصُلُ التعْيينُ بذلك، وقياسُ مَا سبَقَ حصُولُ التعْيينِ بمجرَّد قوله: أريدُكُنَّ[(٣)]، ثم فيه صورٌ:

الأُولَىٰ: إذا طلَّق واحدةً أو أربعاً مِنْهُنَّ، كان ذلك تَعْييناً للنكاح؛ لأن المنكوحة هي الَّتي تخاطَبُ بالطَّلاَق، ويقع عليها الطَّلاق، وينقطع نكاحُ الأرْبَعِ المطلَّقات بالطَّلاق، ويندفع نكاحُ الباقياتِ [بالفسخ] بالشَّرْع، ولو طلَّق أربعاً لا على التَّعْيينِ، أُمِرَ بالتعيين، وإذا عيَّن، فالحكم ما ذكَرْنا، هذا هو المشهور.

وفي «التَّتِمَّةِ» وَجْهٌ آخَرُ: أنَّ الطلاق لَيْسَ تَعْييناً للنِّكاحِ؛ لأنه روى في قصة فيروز الدَّيْلَمِيِّ أنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ لَهُ: «طَلِّقْ أَيَّتَهُمَا شِئْتَ»[(٤)] ولو كان الطَّلاقُ تعييناً للنكاحِ، لَكَانَ ذلك تَفْويتاً لنكاحهما علَيْه.

ولو ظَاهَرَ آلَى من واحدةٍ أو عَدَدٍ، فوجهان:

أحدُهما: أنَّ ذلك تعيينٌ للنكاح؛ لأنهما تصرُّفان مخْصُوصان بالنكاح كالطَّلاَق.

وأصحُّهما: وهو المذْكور في الكتابِ: المَنْع؛ لأن الظِّهَارَ وَصْفٌ، بالتحريم، والإِيلاء حلف على الامتناع من الوطْءِ وكُلُّ واحدٍ من المعنَيَيْنِ بالأجنبية أَلْيَقُ منه بالمنْكُوحة، وعلىٰ هَذَا، فَإِنِ اخْتَارَ الَّتي ظاهَرَ منها أو آلَى للنكاح، صَحَّ الظِّهارُ والإِيلاَءُ، ويَكُونُ ابتداءُ مدَّة الإِيلاَءِ من وقْتِ الاختيار، وحينئذٍ، يصيرُ عائداً، إن لَمْ يفارقها.

ولو قذَفَ واحدةً منهنَّ، فعلَيْه الحدُّ، إن كانتْ محْصَنَةً، ولا يسقط إلا بالبينة، إن اختار غَيْرَ الْمَقْذُوفَةِ، وإنِ اختارها، سَقَطَ بِالْبَيِّنَةِ وباللِّعَان.

الثانية: لو قال: فَسَخْتُ نِكَاحَ هَذِهِ، أَوْ نِكَاحَ هَؤُلاَءِ الأَرْبَعِ، وَأَرَادَ الطَّلاَقَ، فهو

---

(١) في ز: أمسكت.

(٢) وقال الخطيب: ومقتضى هذا صحة الاختيار بالكناية وهو كذلك وإن منعه الماوردي والروياني، وقال إنه كابتداء النكاح.

قال ابن الرفعة: وينبغي إذا جعل كاستدامته أن يكون على الخلاف في حصول الرجعة بالكناية.

(٣) وألفاظ الفسخ كفسخت نكاحها أو رفعته أو أزلته، وبالكناية كصرفتها.

(٤) تقدم.

آختيارٌ للنكاح، وإنْ أَرَادَ الفراق، أو أَطْلَق حُمِلَ على الاختيار للفراق، وأُلْحِق بما إذا قال: فَسَخْتُ نكاحَ هذا قوله «اخترت هذه للفسخ».

وقوله: «هذه للفسخ» من غير لفظ الاختيار، ولو قال لواحدة: «فارقتك»[1] فَعَنِ القاضي أَبِي الطَّيِّبِ أنَّهُ كقوله «طلقتك»؛ لأن الْفِرَاقَ صَرِيحٌ فِي الطَّلاَقِ، وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ: يكون فَسْخاً، كما لو قال: اخترتُ فراقَهَا أو لا أُريدُهَا وهذا أظهر عند صاحب «الشَّامِلِ» والْمُتَوَلِّي وغيرهما، واحتجوا له بما رُوِيَ أَنَّه ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ قَالَ لِغَيْلاَنَ «آخْتَرْ أَرْبَعاً وَفَارِقْ سَائِرَهُنَّ».

فَرْعٌ: لو اختار الجميعَ للنِّكاح، فهو لغْوٌ؛ لامتناع الجمع بَيْن الزيادَةِ عَلَى أربع، ولو اختار فَسْخَ نكاح الجَمِيع، فكذلك؛ لأنَّ النِّكَاحَ مقرَّرٌ في أربع لا سبيل إِلَى فسخه، مندفعٌ في البواقي، وإنما الذي إليه التَّعْيين، ولو خاطَبَ الجميعَ بالطَّلاق، وقَع الطَّلاق على ألاَرْبَع المنكوحاتِ، وتبْقَى الحاجَةُ إلى التَّعْيين.

الثالثة: إذا قال إن دخلْتِ الدَّارَ، فقد آخترتُكِ للنكاح أو الفَسْخِ، لم يَصِحَّ؛ لأن تعليق الاختيار لا يجوز؛ لأنَّه، إن نُزِّلَ منزلة الابتداء، كان تعليقه كتعليق النكاح، وإن نزل منزلة الاستدامة، فإن تعليقه كتَعْلِيقِ الرَّجْعَةِ، وأيضاً، فإنَّه مأمورٌ بالتَّعْيين، والاختيار المعلَّق ليس بتعيين.

وحكَى أَبُو الْفَرَجِ السَّرْخَسِيُّ وَجْهاً أن تَعْليقَ الاختيار للفَسْخ يجوز تَشْبِيهاً بالطَّلاَقِ، فإنَّ كلَّ واحدَةٍ منهما سببُ الفراق، والظاهر الأول، ولو قال: إنْ دخلْتِ الدَّارَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فقد ذُكِرَ وجهٌ: أنه لا يجوز؛ لأن الطلاق اختيارٌ للنكاح، وتعليق الاختيار ممتنعٌ، والصحيحُ جوازُه، تغليباً، لحكم الطلاق، والاختيار يحصل ضمناً، وقد يُحْتَمَل في العقود الضمنية ما لا يُحْتَمَل عند الانفراد والاستقلال، وهذا كما أن تعليق الإِبْرَاء لا يجوز، ولو علَّق عتق المكاتب، يجوز، وإن كان ذلك مُتَضَمِّناً للإبراء، وكما أن تعْلِيقَ التمليك لا يجوز، ولو قالَ: أَعْتِقْ عبدك، إذا جاء الغدُ على كذا، ففعل، صحَّ، وإن كان ذلك متضمناً للتمليك، ولو قال: إنْ دخلْتِ الدَّارَ، فنكاحُكِ مَفْسُوخٌ، إن أراد الطلاق، نفَذَ، وإلا، ونظيرُ هذه الصورة ما إذا أسلم الزَّوْجُ، وهنَّ متخلِّفاتٌ، فقال: كلَّما أسلمتْ واحدةٌ مِنْكُنَّ، فقد آخترتها للنِّكَاحِ، لَمْ يَصِحَّ، ولو قال: فقد طلَّقْتها، يجُوزُ على الأَصحِّ، ولو قال: فقد فسخْتُ نكاحَهَا، فإنْ أراد حلَّه بلا طلاق لم يجُزْ؛ لأنَّ تعليق الفسخ لا يجوز، وأيضاً، فإنَّ التعْيينَ للفَسْخِ، قبل استيفاء العدَدِ الجائزِ غيرُ جائز، وإن أراد الطلاقَ، جاز، وإذا أسلمتْ واحدةٌ طُلِّقت، وحصل

---

(١) في ز: فارقيني.

ٱختيارها ضِمْناً، وهكذا إلَى تمام الأرْبَع، ويندفع نكاح الباقيات.

وحكى ألإمَامُ وَجْهاً آخَرَ؛ أن تفسير الفسخ بالطلاق غيرُ جائز[١].

الرابعة: الوطْء، هل يكون ٱختياراً للموطوءة؟.

حَكَى الشَّيخُ أبُو عَلِيٍّ فيه طريقين:

أظهرهما: أنه علَى وجهين كالوجهين أو القولين فيما إذا طلّق إحدَى زوجتَيْهِ، علَى الإبْهَامِ، ثم وَطِيءَ إحداهما، هل يكون ذلِكَ تعييناً للنِّكاح فيها، وللطلاقِ في الأخْرَى.

والثاني: القطع أنَّه لا يكونُ ٱختياراً؛ لأنَّ الاختيارَ في «باب نكاح المُشرِكات» حكمُهُ حُكْمُ الابتداء، ولا يصحُّ ٱبتداءُ النكاح إلاَّ بالقول، بل إمساكه وٱستدامته لا تحصل إلا القَوْلِ؛ ألا تَرَى أن الوطْء لا تحصل به الرجعة، والظاهر أنَّه ليس بٱختيارٍ، وإنْ أثبت الخلاف، ولو وَطِيءَ الجميع، وجعلْنا الوطْءَ ٱخْتِياراً، كَانَ مُخْتاراً للأُوَلَيَاتِ، وعليه المهْرُ للأُخْرِيَاتِ، وإن لم نجعلْه ٱخْتِياراً، ٱختار منْهُنَّ أرْبَعاً، ويغرم المهر للباقيات.

الخامسة: إذا قال: حصَرْتُ المختاراتِ في هؤلاءِ السِّتِّ أو الخمْسِ ٱنْحَصَرْنَ وهذا، وإنْ لم يكُنْ تعييناً تامّاً، لكنه يُفيدُ ضَرْباً من التَّعْيين، ويزولُ به بعْضُ الإبهام، ويَنْدَفِع نكاحُ الباقيات، وهذا كما أنه لو أبْهَم الطَّلاق بَيْن أرْبَعِ نِسْوة، ثم قال: الَّتي أردتُّهَا بالطلاق إحدَى هاتين، يعتبر هذا القوْلُ، وتتعيَّن به الأخريات للزوجيَّة، والمواضع التي تستحِقُّ العلامة بالواو من الفَصْل لا تخفى على المتأمِّل.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَلَوْ أَسْلَمَ مَعَهُ أرْبَعٌ وَتَخَلَّفَ أرْبَعٌ فَعَيَّنَ الأوْلَيَاتِ لِلنِّكَاحِ صَحَّ، وَلِلْفَسْخِ لاَ يَصِحُّ إذَا كَانَتِ المُتَخَلِّفَاتُ وَثَنِيَّاتٍ، وَقِيلَ: يَصِحُّ مَوْقُوفاً، وَلَوْ عَيَّنَ المُتَخَلِّفَاتِ لِلفَسْخِ يَصِحُّ، وَلِلنِّكَاحِ لاَ يَصِحُّ إلاَّ عَلَى وَجْهِ الْوَقْفِ، وَلَوْ أَسْلَمَتِ الثَّمَانِيَةُ عَلَى تَرَادُفٍ وَهُوَ يُخَاطِبُ كُلَّ وَاحِدَةٍ بِالْفَسْخِ عِنْدَ إسْلاَمِهَا تَعَيَّنَ لِلْفَسْخِ الأَرْبَعُ المُتَأَخِّرَاتُ، وَعَلَى وَجْهِ الوَقْفِ يَتَعيَّنُ الأَرْبَعُ المُتَقَدِّمَاتُ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: وإذا أسْلَمَ، وتحته ثمانِ نسوةٍ وثنيات، وأسلَمَتْ معه أربعٌ منهن، وتخلَّفَت الباقيات، فعيَّن الأوليات لِلنِّكاح، صحَّ التعْيين، والمتخلِّفات إنْ أصرَرْنَ، ٱندفعنَ مَنْ وقت إسلامه، وإن أسْلَمْنَ في العدَّة، فلَفْظُ صاحِبِ «التَّهْذِيبِ» أنَّ الفُرْقَة تقعُ بيْنَه وبيْنَهُن بالاختيار الأُولَيَات، وقال الإمام: يتبيَّن أيضاً ٱندفاعُ نكاحِهِنَّ بٱختلاف

(١) ضعفه النووي في الروضة ٥/ ٥٠٣.

الدِّين؛ لكن يتبيَّن تعيينُهنَّ من وقت تغيينِهِ للأوائل، وهذا هو الموافِقُ لأُصُولِ الباب، وإن طلَّق الأولَيَاتِ، صَحَّ، وتضمَّن اختيارهن، وينقطع نكاحُهُنَّ بالطَّلاق، ونكاح الأُخْرَيَات، [بالفسخ][1] بالشَّرْع، وإنْ قال: فسختُ نكاحَهُن، فإن قال أردتُ به الطلاق، فكذلك، وإن أراد به حلاًّ بلا طلاق، فهو لَغْوٌ، لأن الحِلَّ هكذا إنَّمَا يَجُوزُ فيما زَادَ على الأربع، وعدد المسلمات لم يَزِدْ على أربع فإنْ لم يُسْلِم المتخلِّفاتُ، تعيَّنت الأوليات، وإنْ أسلَمْنَ، اختار من الكُلِّ، أَرْبَعاً، وللمُسْلِمات أَنْ يَدَّعين؛ أنك أردت الطلاق وبِنَّا منك ويحلِّفْنَهُ، وللمتخلِّفات أيضاً أن تدَّعِين إرادةَ الطَّلاق [وبينونتهن][2] بالفسخ بالشَّرْع، ويحلفنه وفيه وجه أنَّ الفسْخَ لا يلغو، ولكِنَّهُ مَوْقُوفٌ، وإن أَصْرَرْنَ على الكُفْر إلى انقضاء العدَّة، لَغَا وَإِنْ أسلَمْنَ في العدَّة، تبيَّن نفوذ الفسْخ في الأُولَيَات، وتعيَّنت الأُخْرَيَاتُ للنكاح، وهذا مأخوذٌ من الخلاف في وقْفِ العُقُود، ولو عيَّن المتخلِّفات للفَسْخ، صحَّ، وعُيِّنت الأوليَاتُ للزوجيَّة، وإن عيَّنهن للنكاح، لم يَصِحَّ لأنهنَّ وثنياتٌ، وقدْ لا يُسْلِمْن، وعلى وجْه الوَقْف؛ ينعقد الاختيارُ موقوفاً، فإن أسلمن، بانت صحته، ولو أسلم، وتحته ثمانٍ وثنياتٍ، فتخلَّفْنَ، ثم أسلمن على تعاقب في عُدَدِهِنَّ، وهو يقول: لكلِّ واحدةٍ تُسْلِمُ: فسخَتُ نكاحَكِ، فإنْ أرادَ الطَّلاقَ، صار مختاراً لِلأُوَلَيَاتِ، وإن أراد حِلاًّ بلا طلاق، فَهُوَ علَى ظاهِرِ المذْهَب لغوٌ في الأربع الأوائل، نافذٌ في الأربع الأواخر؛ لأن فسْخَ نكاحِهِنَّ وقَعَ وراء العدد الكامل، فنفذ، وعلَى وجه الوَقْفِ، إذا أسلَمَتِ الأواخر يَبِيَّنَ نفوذ الفسْخِ في حقِّ الأوائل، ولو أسلَمَتْ معه من الثمان خَمْسٌ، فقال: فسخْتُ نكاحَهُنَّ، فإن أراد الطَّلاَقَ، صَارَ مُخْتَاراً لأربع مِنْهُنَّ، وَبِنَّ بالطلاق، فعليه التغيين وإن أراد حلَّه بلا طلاق، انْفَسَخَ نكاحُ واحدةٍ لا يعينها، فإذا أسلمتِ المتخلِّفات في العدَّة، يختار من الجميع أَرْبَعاً، ولو قال: فسخْتُ نكاحَ واحدةٍ منكن، وإن أراد الطلاق، صَارَ مَخْتَاراً لواحدةٍ لا يعينها، فَيُعَيِّنُها، ويختارُ للنِّكاح من الباقيات ثلاثاً، وإنْ أراد حِلَّهُ بلا طلاقٍ، يُعَيِّنُهَا، ويختار من الباقيات أربعاً، وإن فسخ نكاح اثنتين منهن لا على التَّغيين، وأراد حلَّة بلا طلاق، انْفسَخَ نِكَاحُ وَاحِدَةٍ، فَيُعَيِّنها، ويختار ممَّنْ عداها أَرْبعاً وإنْ عين اثنتين منهن، انفسخ نكاحُ واحدةٍ منهما، [فيُعيِّنها]، وله اختيارُ الأُخْرَى مع ثلاث أُخَرَ، ولو اختار الْخَمْسَ جميعاً، تعيَّنت المنوحاتُ فيهن فيختارُ منهن أَرْبعاً.

وقوله في الكتاب «والفسخ لا يصح إذَا كَانَتِ المتخلِّفاتُ وثنياتٍ» يعني أَنَّهُنَّ قَدْ لاَ يُسْلِمْن في العِدَّةِ، فلا يصلُحْنَ لنكاحه بخلاف ما إذا كانتِ المتخلِّفاتُ كتابياتٍ، وفي بعض النُّسَخِ إلاَّ إذا كانت المتخلِّفاتُ غيْرَ وثنياتٍ، والمعنى واحدةٌ قال: الطرف الثاني

---

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

في وجُوبِ الاختيار، وإذا أسلم الرجُلُ على ثمانِ نسوة، مثلاً وأسلمن معه تعين عليه الاختيار.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَمَهمَا امْتَنَعَ الزَّوْجُ عَنِ التَّعْيينِ حُبِسَ، فَإِنْ أَصَرَّ عُزِّرَ، فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ التَّعْيينِ اعْتَدَّتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ بِأَقْصَى الأَجَلَيْنِ وَوُقِفَ رُبُعُ المِيرَاثِ أَوِ الثُّمُنُ لَهُنَّ إِلَى أَنْ يَصْطَلِحْنَ، وَقِيلَ: يُوَزَّعُ عَلَيهِنَّ بِالسَّوِيَّةِ لاسْتِوَائِهِنَّ وَحُصُولِ اليَأْسِ بِخِلاَفِ مَا إِذَا طَلَّقَ وَاحِدَةً مِنَ النِّسَاءِ وَالْتَبَسَ عَلَيْنَا فَإِنَّ الوَاحِدَةَ فِي عِلْمِ اللَّهِ مُتَعَيِّنَةٌ لِلْفِرَاقِ، وَلَوْ أَسْلَمَ عَلَى ثَمَانِ كِتَابِيَّاتٍ فَأَسْلَمَ أَرْبَعٌ وَمَاتَ قَبْلَ البَيَانِ لاَ يُوقَفُ شَيْءٌ مِنَ المِيرَاثِ لَهُنَّ لأَنَّهُ رُبَّمَا كَانَتِ المُفَارَقَاتُ المُسْلِمَاتِ فَلاَ يَتَعَيَّنُ حَقّ الزَّوْجِيَّةِ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ تَحْتَهُ كِتَابِيَّةٌ وَمُسْلِمَةٌ فَقَالَ: إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ وَمَاتَ وَلَمْ يُعَيِّنْ لَمْ يُوقَفْ لَهُمَا مِيرَاثٌ لِلشَّكِّ فِي الأَصْلِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هذه اللفظة أَعْنِي قولَنا الطرف الثاني في جوب الاختيار ألحق بالكتاب؛ لأنه قال في أول الفصْلِ وفيه طرفان، ثم لم يَنُصَّ على الطَّرف الثاني، وإن أتى بمسائله، والفقه: أنَّ مَنْ أَسْلَمَ على أكثرَ من أربعِ نسوةٍ، وأسلمن معه، أو بعده في العدَّة، أو أصرَزنَ، وهُنَّ كتابياتٌ، تقع الفرقة بينه وبين الزيادة على الأربع بالإسلام، وعليه الاختيار والتعيين، فإن امتنع حبس، وإن أصر، ولم يُغْنِ الحبس، عُزِّرَ بِمَا يَرَاهُ الْحَاكِمُ مِنَ الضَّرْبِ وغيره.

وَحَكَى أَبُو الْفَرَجِ السَّرْخَسِيُّ عن ابْنِ أَبِي هُرَيْرَة أَنَّهُ لا يُضَمُّ الضَّرْبُ إلى الحَبْسِ، ولكنْ يشدَّد عليه الحَبْسُ، فَإِنْ أَصَرَّ عُزِّرَ ثانياً وثالثاً إِلَى أن يختار، فإنْ جُنَّ أو أُغْمِيَ عليه في الحَبْسِ، خُلِّيَ إِلَىٰ أن يفيق، ولا يختار الحاكِمُ على الممتنع بخلاف المُولِى، إذا امْتَنَعَ من الطلاق، والفيئة حيث يطلق القاضي عليه على الصحيح؛ لأن هذا اختيارُ شهوة، ولا يَدْرِي القاضي أنّه إلى أيتهن أميل؛ ولذلك لا يَجُوزُ التوكيلُ فيه، ولو مَاتَ قبل الاختيار لا يقوم وارثُهُ مَقَامَه، وأيضاً، فإن حَقَّ الفراقِ لاَ يَثْبُتُ لمعيَّنه، وهُنَاكَ، يثبت الحقّ لمعيَّنة فينُوبُ القاضي عنه في توفيته.

قَالَ الإِمَامُ: وإذَا حبس، فلا يعزَّر على الفَوْر، فلعلَّ له، في التَّعْيينِ فِكْراً، وأقْرَبُ مُعْتَبَر فيه مدَّةُ الاستتابة، واعتبر القَاضِي الرُّويَانِيُّ في «الإِمْهَالِ» الاستنظار، فَقَالَ ولو استنظر، أنظره الحاكِمُ إِلَى ثلاثةِ أَيَّام، ولا يَزِيدُ ويجبُ عليه نفقتُهُنَّ جميعاً إلى أن يختار؛ لأنَّهنَّ في حبسه وخيالته، ثم في الفصل مسألتان:

المسألة الأولى: إذا ماتَ قَبْلَ التَّعْيينِ، فإن لم يكنْ قَدْ دخل بِهِنَّ فَعَلَى كُلِّ وَاحِدَةٍ أن تعتدَّ بأربعة أَشْهُرٍ وعَشر، لأن كلَّ واحدةٍ تحتملُ أن تكونَ زوجةً، وإنْ كان قدْ دخَلَ بِهِنَّ، فمَنْ هي حاملٌ منهن، فعدَّتها بوضع الحمل، والتي هي حائلٌ، ينُظَرَ فيها، إن

كانتْ من ذوات الأشهر، فتعتدُّ بأربعة أشهر وعشر، وإن كانتْ من ذوات الأقراء، فعليها أن تعتدَّ بأقصى الأجلَيْنِ من أربعة أشهر وعشرٍ أو ثلاثةِ أقراءٍ، فإن رأتِ الأقراءَ قبل تمام هذه المدَّةِ، أكملت المدَّة، وإنْ مضت المدة قبل تمام الأقراء، فتصير إلى انقضاء العدة بالأقراء، وذلك؛ لأن كلَّ واحدة تحتملُ أنْ تكونَ زوْجَةً، فعلَيْها عدَّةُ الوفاة، ويحتمل أن تكونَ مفارقةً في حال الحياة، فعَلَيْها أن تعتدَّ بالأقراء والأشهُرُ تعتبر من وقت المَوْت، وفي الأقراء وجْهان، ويقال: قولان:

أحدهما: أنَّهَا تُعْتَبَرُ من وقتِ المَوْت أيضاً؛ لأنَّها لاَ تتيقَّن قبل ذلك [شروعها][1] في العِدَّة.

وأصحهما: الاعتبارُ منْ وقْت إسْلاَمِهما، إن أسلما معا، ومنْ وقْتِ إسلام مَنْ سَبَق إسلامه، إن أسلما على التعاقُبِ؛ لأن الأقراءَ إنَّما تجب لاحتمال أنَّها مفارقةً منفسخة النكاح، والانفساخُ يَحْصُلُ من يومئذٍ.

المسألة الثانية: إذا مَاتَ قَبْلَ التعيين، وقفَ لَهُنَّ رُبُعَ الْمِيرَاثِ أو الثُّمُنَ عائلاً، أو غَيْرَ عَائل، على ما يقتضيه الحالُ إلَى أن يصطلِحْنَ، فيقسم بينهن على حسب اصْطِلاَحهنَّ من التساوي أو التَّفاضُل، وفي «النِّهَايَةِ» أنَّ صاحب «التَّقْرِيبِ» حَكَى عَن ابْنِ سُرَيجٍ أن الرُّبُع أو الثمُنَ يوزَّع بينهن؛ لأن البَيَانَ غيْرُ متوقع، وهنَّ جميعاً معترفاتٌ بشمولِ الإشْكال، وبأنه لا مَزِيَّة لبعضِهِنَّ علىٰ بعض، ولَيْسَ هذا كما إذا قال لإحدى زوجَتَيْهِ إنْ كان هذا الطَّائِرُ غُرَاباً، فَأَنْتِ طَالِقٌ.

وقال للأخرَى إن لم يكن غراباً فأنت طالق، وأشكل الحال، فإن هناك الالتباس علينا، واللَّهُ تَعَالَى يَعْلَمُ حَالَ الغُرَابِ، ويعلم الطَّالِقَ مِنْهُمَا، وها هنا لا يمكن أن يقال إنه يعلم المختارات مع أنه لم يوجد منه اختيار، نعم يعلم أنه من كان يختار لو اختار، وإلى هذا الوجْهِ مَيْلُ الإمام، والمشْهُورُ الأول، وإنْ كان تَحْتَه ثمانِ نسوةٍ مثلاً، وَفِيْهِنَّ صَغِيْرَةٌ، أو مَجْنُونَةٌ، صالَحَ الوليُّ عنها، ثُمَّ فِيْهِ وَجْهَانِ:

أحدهما: أنه لا يصالِحُ على ما دُونَ رُبُعِ الموقوف؛ لاحتمال أنَّها زَوْجَةٌ.

وأصحهما: أنه يجوز أن يَنْقُصَ عن الربع؛ لأنا لا نَتيقَّنَ لَهَا حَقّاً، لكنَّها صاحبةُ يدٍ في ثمن الموقوف، فإنه موقوف بين ثَمَانٍ، فلا يجوز أن ينقص عن الثمن؛ وهذا إذا اصْطَلَحْنَ جميعاً، وَلَوْ طَلَبَ بعضهن شيئاً، ولم يصْطَلِحْنَ جميعاً، فلا يدفع شيئاً إلى الطَّالِب إلاَّ [باليقين][2]، ففي ثمانِ نِسْوَةٍ، لو طلبتْ واحدةٌ لا يدفع إلَيْها شيْء،

---

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: بالتعيين.

وكذلك، لو طلبتِ أثنتانِ أو ثَلاثٌ أو أربعٌ[1]؛ لاحتمال أن الزَّوجات غَيْرُهن، فإن طلبت خمس، دُفِعَ إليهن رُبُعَ الموقوف؛ لعلمنا بأن فيهن زوجة، وإن طلبتْ ستٌّ، فالنصف، ولهن قِسْمَةُ ما أخذْتَهُ والتصرُّف فيه، وهل يُشترطُ في الدفع أن يبرأْنَ عن الباقي؟.

فيه وجهان عن القاضي وغيره:

أحدهما: وَقَدْ نَسَبَهُ الْقَاضِي ابنُ كَجٍّ إلى النص نعم، وإنما يتجزأ شيئاً من الموقوف؛ لقَطْع الخصومة عاجلاً وآجلاً، وإنَّما يَحْصُلُ ذلك بالإِبْرَاء.

وأصحُّهما: لا؛ لأنا نَتيقَّن أنَّ فيهن مَنْ يستحقُّ القَدْرَ المدْفُوعَ، فكيف نكلِّفُهنَّ بدَفْع الحقِّ إلَيْهنَّ إسقاطَ حقٍّ آخر، إن كان، وإذا قلْنا بالوجه الأول، فيدفع الباقي إلَى الثلاث ويرتفع الوَقْفُ، وكأنَّهنَّ اصطَلَحْنَ على القسمة هكذا، وجميع ما ذكرناه فيما إذا عرف استحقاق الزوجات الميراث إما إذا أسلَمَ عَلَى ثَمَانِ نُسْوَةٍ كِتَابِيَّاتٍ وأسلمت معه أربعٌ، أو كانتْ تحته أَرْبَعُ كِتَابِيَّاتٍ وأربع وثنيات، وأسلَمَتْ معه الوثنياتُ، وماتَ قَبْلَ البيانِ والاختيار فَوَجْهَانِ:

أظهرهما: وهو المنصوصُ، والمذكور في الكتاب: أنه لا يوقَفُ شيء للزوجات، بل تقسم التركةُ بين سَائِرِ الورثة؛ لأن استحقاقَ الزَّوْجات للإِرْثِ غَيْرُ مَعْلُوم [لجوازِ أن تكونَ الزَّوْجَاتُ الْكِتَابِيَّاتُ.

والثَّاني: يُوقَفُ، لأن اسْتِحَقَاقَ سَائِرِ الورثة قَدْرَ نصيبِ الزَّوْجَاتِ غَيْرُ مَعْلُوم] والشَّكُّ في أصْل الاسْتحقاق لا يمنع الوقْفَ بدليلِ مسائلِ الحَمْلِ ونحوها، وهذا ما ارتضاه ابنُ الصَّبَّاغِ، وهو قريب من القياس ويجري الوجهانِ فيما إذا كان في نكاحِ الرَّجُلِ مسلمةٌ وكتابيةٌ، فقال: إحداكما طالق، ومات قبل البيان، وعن صاحب «التَّقْرِيبِ» تخصيصُ الخلاف بهذه الصورة، والجزم بأن لا وقف في «مسألة الكتابيات» قال الإمام: ولا يَتَوقَّعُ الفقيهُ فرقاً بينهما.

وقوله في الكتاب «بخلاف ما إذا طلق واحدة»ليس المرادُ ما إذا أبْهَمَ، فقال: إحدى زوجاتِي طالقٌ، وإنما المراد مسألةُ الغرابِ ونَحْوِها، وقوله «لا يوقف» معلم بالواو، [وكذا قوله بعده «كم يوقف»][2].

فَرْعٌ: مَاتَ الذِّمِّيُّ عن أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ، خرَّج صَاحِبُ «التَّلْخِيصِ» أن الربع أو الثمن لهن جميعاً.

وقال آخرون: لا يرثُ منهن إلا أربعٌ، فيوقَفُ بينهن إلى أن يصطَلِحْن، ويجعل

---

(١) في ز: الربع.

(٢) في ز: وكذلك قوله لعده ل يوقف.

الترافُعُ إلينا بِمَثَابَةِ ما إذا أسلموا. وعن القَفَّالِ: أنَّه بني الخلاف على صحة أنكحة الكفَّار، إن صحَّحْناها، ورث الكل، وإلا، لم يَرِث إلا أربعٌ.

وَلَوْ نَكَحَ الْمَجُوسِيُّ أُمَّهُ أو ٱبْنَتَهُ، ومات قال في «التَّهْذِيبِ»: منهم من بنى التوارُثَ على هذا الخلافِ، والمذهبُ الجَزْمُ بالمنع؛ لأنه ليس بنكاح في شيْءٍ من الأديان، ولا يُتصوَّر التقرير عليه في الإسلام.

فرع آخر: المتعيِّنات للفراقِ، إذا أسْلَمَ عَلَى أكْثَرَ مِنْ أَرْبَع، تحسب عدَّتُهُن من وقْتِ الاختيار، أو مِنْ وقت إسْلام الزوجَيْن، إن أسلما معاً، وإسْلاَم متقدم الإسلام منهما إن أسلما على التعاقب؟ فيه وجهان، قَرَّبَهُمَا في «التَّهْذِيبِ» مِن الوجْهَيْنِ فيما إذا طلَّق إِحْدَى امرأتَيْهِ، لا يُعَيِّنُهَا، ثم عيَّنها، تكونُ عدَّتُها من وقْتِ التَّعْيين، أو من وقْتِ التلَفُّظ بالطلاق.

وذُكِرَ أنَّ الأَصَحَّ الاعتبارُ منْ وقْت الاختيارِ، لكنَّ الرَّاجِحَ عنْدَ عامَّةِ ٱلأَصْحَابِ الاعتبارُ من وقْتِ الإسلام؛ لأنَّ سَبَبَ الفُرْقَة ٱختلافُ الدِّينِ، فتعتبر مدة العدَّة منه من وقت الإسلام، قالوا: والاعتبارُ من وقت الاختيارِ أُخِذَ من قَوْلِ الشَّافِعِيِّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ فيمن نَكَحَ نكاحاً فاسداً، ووطئ أن العدة تُحْسَب من وقت التفْريقِ بيْن الزوجَيْن لا من الوطأة الأخيرة.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **(الفَصْلُ الرَّابِعُ فِي النَّفَقَةِ) وَإِذَا تَخَلَّفَتْ ثُمَّ أَسْلَمَتْ لَمْ تَسْتَحِقَّ النَّفَقَةِ لِمُدَّةِ التَّخَلُّفِ عَلَى الْجَدِيدِ؛ لأَنَّهَا أَسَاءَتْ، وَلَوْ سَبَقَتْ ثُمَّ أَسْلَمَ ٱسْتَحَقَّتْ لِمُدَّةِ التَّقَدَمُ عَلَى المَذْهَبِ؛ لأَنَّهَا أَحْسَنَتْ، وَلَوْ أَصَرَّ الزَّوْجُ لَمْ تَسْتَحِقَّ لِمُدَّةِ الْعِدَّةِ لأَنَّهَا بَائِنَةٌ، وَقِيلَ: تَسْتَحِقُّ كَالرَّجْعِيَّةِ لأَنَّ لِلزَّوْجِ قُدْرَةً عَلَى تَقْرِيرِ النِّكَاحِ عَلَيْهَا.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: عقد الفصل للكلام في النفقة عند تجدد الإسلام، ثم خَلَطَ به طرفاً مِنَ الْكَلاَمِ فِي الْمَهْرِ، أما النَّفقةُ، فإن أسلم الزوجانِ مَعاً، استمرَّتِ[1] النفقةُ كما يستمر النكاح، وإن أسْلَمَا على التعاقب بعد الدخولِ، والفَرْضِ فيما إذا كانت الزوجةُ مجوسيةً أو وثنيةً، فإما أن يُسْلِمَ الزَّوْجُ أو هي أولاً:

الحالة الأولى: إذا أَسْلَمَ الزَّوجُ أوَّلاً، وتخلَّفت هي، فإن أَصَرَّتْ إلى انقضاء عدتها، فلا نفقة لها؛ لأنها نَاشِزَةٌ بالتخلف ممتنعةٌ[2] من التمكين، وإن أَسْلَمَتْ فِي الْعِدَّةِ، اسْتَحَقَّتِ النَّفَقَةَ مِنْ وقت الإِسْلام؛ لاستمرار النِّكَاحِ، وفي نفقة زمانِ التخلّف قولان:

(١) وغيرها من بقية المؤن لدوام النكاح.
(٢) لإساءتها بتخلفها عن الإسلام.

القديم: أَنَّهَا تَسْتَحِقُّهَا، لأنها ما أحدثَتْ شيئاً والزوجُ هو الذي بَدَّلَ الدِّينَ.

وأصحُّهما: وهو الجديد[١]: الْمَنْعُ؛ لأَنَّها أساءَتْ بالتخلُّف والامتناع عمَّا هو فرضٌ عليها، فأشبه ما إذا سافَرَ الزوْجُ، وأراد مسافَرَتَهَا، فتخلَّفت، وعلَى هذا فلو اختلفا، فقال الزوج: أسلَمْتِ الْيَوْمَ أو منذ عشرة أيام، وقالت: بل أسلَمْتُ منذ شهر [فعلَيْكَ نفقةُ شهرٍ][٢] فالقول قول الزَّوجِ مع يمينه؛ لأَنَّ الأَصْلَ استمرارُ كُفْرِها، وبراءةُ ذمَّته عن النفقة، وكذا إذَا فرَّعنا على القَدِيم، واختلفا، فقال الزَّوْج: أَسْلَمْتِ بعد العدَّة، فلا نَفَقَةِ لَكِ، وقالَتْ: أسلَمْتُ في العدَّة، فالقولُ قولُه مع يمينه.

الحالة الثانية: إذا أسلمتِ الزوجَةُ أولاً، نُظِر، إن أسلم الزوْجُ قبل انقضاء مدة العدَّة، فلها النفقة لمدَّةِ التخلُّف، ولما بعدها؛ لأنها أدَّتْ فرضاً مضيَّقاً عليها، فلا يَسْقُطُ به النفقة، كما لو صلَّتْ وصامَتْ شهر رمضان، وَحَكَى ابنُ خيران قولاً وصاحب «الإفصاح» وغيره وجهاً أنَّه لا نفقةَ لها مدَّةِ تخلُّفه؛ لأَنَّهُ أستمرَّ علَى دينه، وهي الَّتي أحْدَثَتِ الْمَانِعَ مِنَ الاسْتِمْتَاعِ، والمذهب الأول، وإن أَصَرَّ الزوج إِلَى انقضاءِ العدَّة، فهلْ تستحقُّ نفقة مدَّة العدة؟.

فيه وجهان:

أحدُهُما: المنع؛ لأنه إذَا أصرَّ الزوْجُ، تبيَّن حصول البينونةِ منْ وقْت إسلامِهَا.

والثانية: لا تستحقُّ النفقة.

والثاني: أنها تستحقُّ؛ لأنها أحْسَنَتْ بالإتيانِ بما عَلَيْهَا، والزوْجُ قَادِرٌ عَلَى تَقْدِيرِ النِّكَاحِ بِأَنْ يسلم، ونزلت منزلة الرجعية.

قال في «التَّتِمَّةِ»: ويخالفُ ما إذا سبَقَتْ إلى الإِسْلاَمِ قبل الدخول، حيث يسقُطُ المَهْر، وإن أحسنت، لأن الْمَهْرَ عوَضُ العقد، والعِوَضُ يسْقُط بتفويت العَاقِدِ المعقود عليه، إن كان معذوراً، كما لَوْ بَاعَ طَعَاماً، ثُمَّ أَكَلَهُ، وَهُوَ مُضْطَرٌّ إليه، والنفقةُ في مقابلَةِ التمكين، وإنما تسْقُطُ عند التعدِّي، ولا تعدِّي ههنا ثم إيرادُ صاحب الكتاب يَقْتَضِي تَرْجِيحَ وَجْه الْمَنْع، وإليه ذَهَبَ الإِمَامُ، لكن الأكثرين رجحوا الاستحقاق، وهو الذي نص عليه في «الْمُخْتَصَرِ».

---

(١) قال الزركشي: ولم يفصلوا بين أن يكون التخلف لعذر أم لا، وينبغي إذا تخلفت لصغر أو جنون أو إغماء ثم أسلمت عقب زوال المانع أن تستحق. وقال الخطيب: ورد هذا البحث وإن كان التعليل يرشد إليه بأنها تسقط بعدم التمكين وإن لم يكن نشوز ولا تقصير من الزوجة كما تسقط بحبسها ظلماً.

(٢) سقط في ز.

وإذا اختلفا في سبق الإسلام، فَقَالَ الزَّوجُ: أسلَمت أَوَّلاً، فلا نَفَقَةَ لَكِ، وقالَتْ هي: بَلْ أَسْلَمت أَوَّلاً، فوجهان:

أحدهما: أنَّ القوْلَ قوْلُ الزَّوْج مع يمِينِه، لأنَّ الأصْلَ براءةُ ذمَّته عن النفقة، وَيُحْكَى هَذَا عَنْ أَبِي إِسْحَاقَ.

وأصحُّهما: وهو المذكور في «التَّهْذِيبِ» والْمَحْكِيُّ عَنِ أَبِي هُرَيْرَةَ: أن القوْلَ قوْلُ الزوجة مع يمينها؛ لأَنَّ النَّفَقَةَ كانت واجبةً، وهو يَدَّعِي الْمُسْقِطَ، فأشبه ما إذَا ٱدَّعَى عَلَيْهَا النُّشُوزَ وأنكرت، هذا حكْمُ النفقة عند تجدُّدِ ٱلإِسْلاَمِ.

أما حكْمُها عِنْدَ الرِّدَّةِ، فيُنْظَر؛ إن ٱرتدَّتِ المرأة بعد الدُّخُول، فلا نَفَقَةَ لَهَا في زَمَانِ الرِّدَّةِ؛ لإِساءتها ونشوزها، ولا فرق بين أَنْ تَعُودَ إِلَى ٱلإِسْلاَمِ في العِدَّةِ أو لا تعود ولا يجيء فيه الْقَولُ الْقَدِيمُ الْمَذْكُورُ[1] فيما إذا أسلمت بعد إِسْلاَمِ الزَّوْجِ؛ لأنَّها أقامَتْ عَلَىٰ دينها هناك، ولم تُحْدث شيئاً، وههنا أحدثت الردة، وإن ارتدَّ الزَّوجُ، فعليه النفقةُ لمدَّة العدة[2]، وإن ارتدًا معاً، قَالَ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» هو كما لو ارتدَّت المرأة، ويشبه أن يجيء فيه الخلاف، كما لو ارتدًا معاً قبل الدخول، فَفِي وَجْهٍ يَجِبُ نِصْفُ الْمَهْرِ[3] كما لو ارتدَّ الزوج، وفي وجه: لا يجب شيْءٌ كَمَا لَوِ ارْتَدَّتْ هِيَ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَلَوْ قَالَ سَبَقْتِ بِالإِسْلاَمِ قَبْلَ الْمَسِيسِ فَأَنْكَرَتْ فَالقَوْلُ قَوْلُهَا، لأَنَّ الأَصْلَ بَقَاءُ المَهْرِ، وَلَوْ قَالَ: أَسْلَمْنَا مَعاً وَالنِّكَاحُ بَاقٍ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ: لأَنَّ الأَصْلَ بَقَاءُ النِّكَاحِ، وَقِيلَ: بَلِ القَوْلُ قَوْلُهَا؛ لأَنَّ التَّسَاوُقَ فِي الإِسْلاَمِ نَادِرٌ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: حُكْمُ الْمَهْرِ، إِذَا أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الدُّخُولِ أَوْ بَعْدَهُ، قَدْ ذَكَرْنَاه عند الكلام في أنَّ أنكحة أَهْلِ الشِّرْكِ، هل يحكم لها بالصحة أم لا؟.

فلو ٱختلفا، فَقَالَ الزَّوْجُ: سَبَقْتِ إلى الإسلام قبل الْمَسِيسِ، فَلاَ مَهْرَ لَكِ.

وقالتْ: بل أَسْلَمْتُ أولاً، فعلَيْكَ شَطْرُ المهر، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا مع يمينها؛ لأنَّ ٱلأَصْلَ بَقَاءُ شَطْرِ الْمَهْرِ، ولو قالت في جَوَابِهِ: لا أدري أيُّنا سبق إلى الإسلام أَوَّلاً، لا تتمكَّن من طَلَب المَهْر، فإن عادت، وقالت: قد تبيَّنت أنه أسلم أولاً، صُدِّقَتْ بيمينها، وطَلَبت شَطْرَ الْمَهْرِ، ولو اعترف الزوْجَانِ بالجَهْل بمن سَبَقَ إِلَى ٱلإِسْلاَمِ، فَلاَ نِكَاحَ

---

(١) قال النووي: ذكر صاحب «المهذب» وآخرون طريقين، أحدهما: طرد القولين القديم والجديد.

(٢) لأن المانع من جهته.

(٣) قال الشيخ جلال الدين البلقيني: هذا متعقب لأن النفقة تسقط بالنشوز فردتها نشوز سواء وجدت مع ردته أم لا بخلاف المهر.

بَيْنَهُمَا؛ لاتفاقهما على تعاقُبِ الإسلامِ قبل الدخول، ثم إنْ كَانَ ذلك قبل قبْضِ الصَّدَاقِ، لم تتمكَّنْ من طلبة؛ لاحتمال أَنَّهَا السَّابِقَةُ وإن كان بَعْدَ الْقَبْضِ، لم يتمكَّنِ الزوج إلاَّ من اَسْتِرْدَادِ الشَّطْرِ؛ لاحْتِمَالِ أَنَّهُ السابقُ، والنِّصْفُ الآخر يُقَرُّ في يدها إلى أن يتبيَّن الحال، ولو اختلفا في بقاء النِّكَاح، فقال الزوج: أسلمْنَا معاً، فالنكاح بَاقٍ وقالت: بل أسْلَمْنا على التعاقُبِ ولا نكاح، فقولان:

أصحهما: على ما ذكره القاضي ابْنُ كَجٍّ، وَصَاحِبُ «التَّهْذِيبِ»: أن القول قَوْلُ الزَّوجِ، لأَنَّ الأصل بَقَاءُ النِّكَاحِ، وهذا ما اختاره الْمُزَنِيُّ وَأَبُو إِسْحَاقَ.

والثاني: أن القوْلَ قولها، لأن الظاهر[1] مَعَها، فإنَّ وقوع الإسلامين معاً بعيدٌ نادرٌ ومِنْ هذه المسْألة، اَسْتُنْبِطَ حدُّ المدَّعِي والمدَّعَى عليه، والمسألة وكيفية الاستنباط يأتيان بالشرح في كتاب «الدعاوى»، إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وإن قلنا: إنَّ القولَ قولُها فَقَدْ ذَكَرَ أَبُو الْفَرَجِ الزاز: أنه يُنْظَر في كيفية دعْوَاها، إن قالَتْ للزوج: أَسْلَمْتَ قبْلِي، حَلَفَتْ على الْبَتِّ؛ أنها ما أسلمت يوم إسلامه ولو قالت: أسلمْتُ قَبْلَكَ، حَلَفَتْ على نفي العلم بإسلامه يوم إِسْلاَمِهَا، ولو اختلفا على العكْسِ، فقالت: أسلَمْنا معاً وقال: بَلْ عَلَى التَّعَاقُبِ، فلا نِكَاحَ لقوله، وهي تدَّعي نِصْفَ الْمَهْرِ، وفي المصدَّق منهما القولان، ولو قالا: لا نَدْرِي؛ أَوَقَعَ إسلامُنا معاً أمْ على التعاقُبِ اَسْتَمَرَّ النِّكَاحُ بينهما.

ولو أَسْلَمَتِ الْمَرْأَةُ بَعْدَ الدُّخُولِ، ثُمَّ أَسْلَمَ الزَّوجُ، واَخْتَلَفَا، فادعى الزَّوجُ أَنَّ إسْلاَمَهُ سبق اَنْقِضَاءَ الْعِدَّةِ، وَادَّعَتْ هي أن انقضاء العدَّة سبق إسلامه، فهذا يفرضَ على وُجُوهٍ:

أحدها: أن يتفقا علَى وقْتِ اَنقضاء العدَّة [كغُرَّة][2] رَمَضَانَ مَثَلاً.

وَقَالَ الزَّوجُ أسلمْتُ في شَعْبَانَ، وقالت: بَلْ في الْخَامِسِ من رَمَضَانَ، فالقولُ قَوْلُ الزَّوْجَةِ مَعَ يمينها؛ لأنهما اَتَّفَقَا عَلَى وقْت انقضاء العدَّة، والاختلافُ في تَقَدُّمِ الإِسْلاَمِ وتَأَخُّرِ، والأصل بَقَاءُ الْكُفْرِ.

والثاني: أن يَتَّفِقا علَى وقْت الإِسْلاَمِ كغرة رمضان.

وَقَالَ الزَّوجِ: انقضتْ عِدَّتُكِ في الخامِسِ من رمضان.

وَقَالَتْ: بَلْ فِي شَعْبَانَ، فالقوْلُ قولُهُ مع يمينه؛ لأَنَّ وقْت الإِسلام مُتَّفَقٌ عليه، والْخِلاَفُ في أَنَّ الْعِدَّةَ، هل اَنقضت قبله والأصلُ بَقَاؤُهَا.

---

(١) ما رجحه المصنف هنا مخالف لما في المحرر والمنهاج في باب الدعاوى من اقتضائه ترجيح الثاني.

(٢) في ز: كعده.

والثالث: إذا لم يتَّفِقا علَى شَيْءٍ، واتفق الزوْجُ علَى أن إسلامي سبق، والزوجة علَى أنَّ انْقِضَاءَ عِدَّتِي سَبَقَ، فالنَّصُّ أن الْقَوْلَ قولُ الزوج، ونص فيما إذا ارتدَّ الزوج، ثم عَادَ إِلَى الإِسْلاَمِ واختلفا، فَادَّعَى الزَّوْجُ أَنَّهُ عَادَ فِي الْعِدَّةِ، وادَّعَتِ انْقِضَاءَ الْعِدَّةِ قبل عوْدِهِ إِلى الإِسْلام، وفيما إذا اختلف الزَّوْجَانِ في الرجْعَة وانقضاء العدَّة.

فقال: راجَعْتُكِ في عدَّتِكِ.

وقالت: بَلْ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِي؛ أن القوْلَ قول الزوجة.

وللأصحابِ طَرِيقَانِ:

أحدهما: التَّصَرُّفُ في الجوابَيْنِ، وجعل المسائل على قولَيْن، وَبِهِ قَالَ الْقَاضِيَانِ أَبُو حَامِدٍ وَأَبُو الطَّيِّبِ:

أحد القولَيْن: تصديق الزوج، وَالأَصْلُ بَقَاءُ النِّكَاحِ.

والثَّاني: تصديق الزوجة؛ لأن الأصْلَ عدم الإِسْلاَمِ والرَّجْعَة.

وأصحُّهما: تنزيلُ النَّصَّيْن علَى حَالَيْن، واختلف القائِلُونَ به.

قَالَ بَعْضُهُم: حيثُ قال: القول قول الزوج، أراد ما إذا اتفقا على وقت الإسلام، واختلفا في أنَّ الْعِدَّةِ، هل انْقضَتْ قبله؟ وكذلك الْحُكْمُ في المسألتَيْنِ الأخيرَتَيْنِ.

وحيث قال: القولُ قَوْلُ الزَّوْجَةِ أَرَادَ ما إِذَا اتَّفَقَا علَى وقت [انقضاء العدة][1]، وَاخْتَلَفَا فِي أنَّه هَلْ عَادَ إِلَى الإِسْلاَمِ، أو راجَعَ قبله؟ وكذلك الحكم في المسألة التي نحْنُ فيها، وقال آخرون: حيثُ قَالَ: القول قول الزوج؛ أرادَ ما إذا كَانَ هُوَ السَّابِقَ إِلَى الدَّعْوَى وَحَيْثُ قَالَ: الْقَوْلُ قَوْلُهَا؛ أَرَادَ مَا إِذَا كانت هي السَّابِقَةَ، ويُحْكَى هذا عن ابنِ سُرَيْجٍ وَأَبِي إِسْحَاقَ، وَذَكَرَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ، أنه لا يجيء على الْمَذْهَبِ غيره، ووجَّهوا هذا التفصيل من وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أنها إذا قالَتْ أولاً: انْقَضَتْ عِدَّتِي، فَلاَ بُدَّ من تَصْدِيقها، فَإِنَّهَا مؤتَمَنَةٌ في رَحِمِها، فإذا صدَّقْناها، لم يُلْتفتْ إِلَى مجرَّد دعْوَى الإِسْلام، والرجْعة بعد الحكم بانقضاء العدَّة، وإذا قال الزَّوْجُ أولاً: أسلَمْتُ قبل انقضاء العدة أو راجَعْتُ، فنصدِّقه ونديم النكاح بينهما ظاهراً؛ لأنَّ الأصل بقاءُ العدَّة، فمجرَّد دعواها بعْدَ ذلك لا يُغيِّر الْحُكْمَ.

والثاني: وبه قَالَ أَبُو سَعْدٍ الْمُتَوَلِّي: أن من أَقَرَّ بشيْءٍ، يُجْعَل كأنه أنشأه حينئذٍ، وكذلك يُشْترطُ في قَبُولِ الإِقْرَارِ كونُهُ أهلاً للإِنْشَاء، فَقْولُ الزَّوْج أولاً: أسلَمْتُ، كأنه

---

(١) في ز: الإسلام.

أَنْشَأَ الإِسلام في الحال، وقولها بعد ذلك انقضتْ عدَّتي من قبلُ، يقتضي الحُكْمَ بأنقضاء العدَّة في الحال، فيتأخَّر أنقضاءُ العدَّة عن الإِسْلاَم، وقول المرأة أولاً: أنقضتْ عدتي قَبْلَ إِسْلاَمِهِ، يقتضي الحكْمَ بأنقضاء العدَّة في الحال، وقوله بَعْدَ ذلك: أَسْلَمْتُ من قبلُ، كأنه أنشأ الإِسلام في الحال، فيقع بعد العدة، وليس هذا بِخَلِيٍّ عن الإِشْكال، وهذا التَّفْصِيلُ هُوَ الَّذِي رَضِيَهُ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» وغيره جواباً في المسائل الثلاث، وزاد في «التَّهْذِيبِ» شيئاً آخر، فيما إذا سبق دعْوَى الزوج، فقال: إنْ مَضَى زَمَانٌ من دعوى الزَّوْج، ثُمَّ ٱدَّعَت المرأةُ انقضاءَ العدَّة من قَبْل، فالقول قول الزَّوْج، فأمَّا إذا اتَّصَل كلامها بكلامه، فَالْقَوْلُ قَوْلُها، أيضاً لأنَّ إنْشَاء الإِسْلام والإِقرار به قولاَنِ، فيمكن أنْ ينزل الإِقْرَار منزلةَ الإِنْشاء، وقولُها: أنقضتْ عدَّتِي؛ لا يمكن أنْ يكون إنشاءً؛ لأن انقضاء العدَّة ليس بقَوْلٍ، وإذا لم يكُنْ إنشاءً، كان إجباراً، فيتقدَّم الانقضاء عليه، وحينئذٍ، فيكون مقارناً لقوله: أسلمتُ أو متقدماً عليه، ولا يكون الإِسلام وَاقِعاً في العِدَّةِ، وَفِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ طُرُقٌ: وَفَوَائِدُ أُخَرُ نُورِدُها في «كتاب الرَّجْعَةِ» إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

فَرْعَان: فَرْعٌ:

الأَوَّلُ: عَنِ الشَّافِعِيِّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أنّه لو أَقَامَ الزَّوْجُ شَاهِدَيْنِ على أنّهما جميعاً أَسْلَمَا حِينَ طَلَعَتِ الشَّمْسُ يَوْمَ كَذا، أو حِينَ غَرَبَتِ الشَّمْسُ، قُبِلَتْ شهادَتُهما، وحُكِمَ بَقاءِ النِّكَاح، ولو شَهِدَا بأنَّهما أسلما مَعَ طُلُوع الشمس، أو مَعَ غروبها، لَمْ يُحْكَمْ بهذه الشَّهَادَةِ، وَفَرَّقُوا بيْنَهُما بِأَنَّ قَوْلَ الْقَائِلِ حِينَ طَلَعَتِ الشَّمْس، أو غربتْ، يتناولُ حالَ تمام الطُّلُوع، أو تمامِ الغروب، وأنَّها حالَةٌ واحدةٌ، وقوله «مع الطُّلُوع أو مع الغروب» يصدُق من حين تأخذ الشمس في الطُّلُوعِ أو الغُرُوب، فيجوز أَنْ يكُونَ إِسْلاَمُ أَحدِهِما مقارناً لطُلُوعِ أوَّلِ القُرْصِ، وإسلام الآخر مقارناً لطلوع آخره[1]، واللَّهُ أَعْلَمُ.

الفرع الثاني: نَكَحَتْ في الكُفْرِ زوجَيْن، ثُمَّ أَسْلَمُوا، فإن ترتَّب النكاحان، فهي زوجةُ الأوَّل، وإنْ مَاتَ ٱلأَوَّلُ، ثم أَسْلَمَتْ مع الثاني، وهمْ يعتقِدُون جَوَازَ التَّزْوِيجِ

(١) قال ابن الرفعة: وذلك لا نزاع فيه إذا كان إسلامهما في بلد واحد أو ما يلتحق به من كون مطلعهما واحداً، فإن اختلف مطلع البلدين.

قال بعض المتأخرين: يكون كقيام البينة على إسلامهما في وقتين قد يتخيل بناء ذلك على اختلاف المطالع في رؤية الهلال.

قال: وليس هذا القول فقهاً بناءً على أنه إذا كان البلد لا يغيب شفقهم إلى الفجر صلى العشاء بمغيب الشفق في أقرب البلاد إليه لأنه لا طريق غيره فإنه لا سبيل إلى إسقاط الصلاة فتعين ذلك. انتهى.

بزوجَيْن، ففي جواز التقرير وجهان[1]، وإن جرى النِّكَاحَانِ دَفْعَةً وَاحِدَةً، لَمْ تقر مع وَاحِدٍ مِنْهُمَا، سواءٌ أعتقدوا جوازَهُ، أو لم يعتقِدُوا، وفيما إذا أعتقَدُوا وجهٌ أنه تُخيَّر المرأةُ حَتَّى تَخْتَارَ أَحَدَهُمَا، كما لو أسلم الكافِرُ علَى أُختين، وَهَذَا آخِرُ الْكَلاَمِ فِي الْبَابِ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الْقِسْمُ الرَّابِعُ مِنَ الْكِتَابِ في مُوجِبَاتِ الْخِيَارِ) وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: الْعَيْبُ وَالْغُرُورُ وَالْعِتْقُ وَالْعُنَّةُ (السَّبَبُ الأَوَّلُ: العَيْبُ) وَيَثْبُتُ (ح) لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ الْخِيَارُ بِالْبَرَصِ وَالجُذَامِ وَالجُنُونِ، وَيَثْبُتُ (ح) لَهَا بِجَبِّهِ وَعُنَّتِهِ، وَلَهُ بِرَتْقِهَا وَقَرَنِهَا، وَفِي الرَّدِّ بِالبَخَرِ أَوِ الصُّنَانِ وَالعَذْيُوطِ الَّذِي لاَ يَقْبَلُ العِلاَجَ خِلاَفٌ، وَكَذَلِكَ فِي جُمْلَةٍ مِنْ آحَادِ العُيُوبِ الَّتِي تُنَفِّرُ تَنْفِيرَ الْبَرَصِ وَتَكْسِرُ سَوْرَةَ التَّوَّاقِ، لَكِنَّ المَشْهُورَ أَنَّهُ لاَ يُرَدُّ إِلاَّ بِالعُيُوبِ السَّبْعَةِ المَذْكُورَةِ أَوَّلاً، وَفِي رَدِّ الْخُنْثَى أَيْضاً خِلاَفٌ.

[القول في موجبات عيوب الخيار]

قال الرَّافِعِيُّ: السببُ الأَوَّلُ: الْعَيْبُ، وَيَثْبُتُ لكلِّ واحدٍ من الزوجَيْنِ الخيارُ بالبَرَصِ، والجُذَامِ، والجُنُونِ، ويثبت لها بجبِّهِ، وُعُنَّتِهِ، وله بِرَتْقِهَا، وَقَرَنِهَا، وفي البَخَرِ والصُّنَانِ، والعَذْيوطة الذي لا يقبل العلاَج خلافٌ، وكذلك في جُمْلَةٍ مِنْ آحادِ العُيُوبِ الَّتِي تُنَفِّرُ تنفير البَرَصِ، وتكسر شهْوة التوَّاقِ لَكِنَّ الْمَشْهُورَ أَنَّهُ لا يُرَدُّ إلاَّ بالعُيُوبِ السبعةِ المذْكُورةِ أولاً، وفي رد الْخُنْثَى أيضاً خلافٌ.

عَرَفْتَ أَوَّلِ «كتابِ النكاح» وقوعَ مسائِلِهِ فِي خَمْسَةِ أَقْسَام، وقد فَرَغْنا مِنْ ثَلاَثَة أَقْسَام، مِنْهَا وَهَذَا الْقِسْمُ الرَّابِعُ فِي مُوجِبَاتِ الْخِيَارِ وَعَدُّهَا أَرْبَعَةٌ وَهِيَ: الْعَيْبُ، والْغُرُورُ، والعِتْقُ، والْعُنَّةُ، وَفِيهِ كَلاَمَانِ:

الأَوَّلُ: أن الْعُنَّةَ أَحَدُ الْعُيُوبِ المثبتة لِلْخِيَارِ إلاَّ أَنَّهَا تختصُّ بأحكام؛ كضَرْب المدَّة وغيره، فبيّن الأَصْحَابُ فِي «فَصْلِ الْعُيُوب» أَنَّهَا أَحَدُ أَسْبَابَ الْخِيَارِ، وأفرَدُوا لها مَوْضِعاً للكلام في أحكامِهَا الخاصَّة.

والثَّاني: يمكن أن يقال: موجباتُ الخيارِ تَزِيدُ علَىٰ هذه الأَرْبَعَةِ؛ ألاَ تَرَى أنَّ اللأَبَ والجَدَّ، إذا زَوَّجَا الْبِكْرَ منْ غير كُفْءٍ، وصحَّحنا النكاح ثَبَتَ لَهَا الْخِيَارُ، وكذا لو نَكَحَ الصَّغِيرُ مَنْ لا تكافِئُهُ، ثبت له الخيارِ، إِذَا بَلَغَ، حَيْثُ يُحْكَمُ بِصِحَّةِ النِّكَاحِ، وكذا لو ظنها مُسْلِمَةً، فإذا هِيَ كِتَابِيَّةٌ، ثَبَتَ لَهُ الْخِيَارُ علَى رَأْي.

السببُ الأَوَّل الأَوَّلُ الْعَيْبِ، والعيوبُ المثبتةُ للخِيَارِ: مِنْهَا ما يشترك فيه الرِّجَال

---

(١) قال النووي: ينبغي أن يكون أصحهما التقرير والله أعلم.

والنِّسَاء، وهي ثلاثة: . الْبَرَصُ، ولا يلتحق به الْبَهَقُ، والجُذَامُ، وهو عِلَّةٌ صَعْبَةٌ، يحمَر منها الْعُضْوُ، ثم يَسْوَدُّ، ثُمَّ يَنْقَطِعُ ويتناثر[١]، نسأل اللَّهَ العَافِيَةَ، وتُتصوَّر ذلك في كلِّ عُضْوٍ، لكنَّه في الوجْهِ أغلبُ.

ثُمَّ حَكَى ألإِمَامُ عنْ شيخه ـ رَحِمَهُ اللَّهُ ـ أنَّ أوائل البَرَصِ والجُذَام لا يثبت الخيار، وإنَّما يثبت الخيار، إذا استحكمها، وأنَّ اَسْتِحْكَام الجُذَامُ إِنَّمَا يَحْصُلُ بالتَّقطُّع، وتردد في هذا وَقَالَ: يجوز أن يكتفي بِاَسْوِدَادِ العُضْو، وحكم أهل الْبَصَائِرِ باَستحكام العلة[٢].

والجُنُونِ منقطعاً كان أو مطبقاً، ولا يلحق به الإِغماء بزوال العَقْل بالمَرَض إلاَّ أنْ يزول المرض، وَيَبْقَى زَوَالُ الْعَقْلِ. قال الإِمامُ: ولم يَتعرَّضوا في الجنون؛ لاستحكامِهِ، ولم يُرَاجِعوا أَهْلَ الْبَصِيرَةِ، أهو مرجو الزوالِ أم لا؟.

ولو قيل به، لكان[٣] قريباً، فإِذَا وَجَدَ أَحَدُ الزَّوجَيْنِ بالآخر أَحَدَ هذه العُيُوبِ ثَبَتَ لَهُ فَسْخُ النِّكَاحِ، قَلَّ ذلك العَيْبُ أو كثر، وإذا تَنَازَعَا في قُرْحَة، هَلْ هِيَ جُذَامٌ أو في بياض، هَلْ هو بَرَصٌ، فالقول قول المنكِر، وعلى الْمُدَّعِي الْبيِّنَةُ، ويشترط أن يكون الشَّاهِدَان عالَمَيْنِ بِالطِّبِّ. ومنها: ما يختص بالرجل وهو الْجَبُّ[٤]،

---

(١) في ز: ويتأثر.

(٢) ما بحثه الإمام قال ابن الرفعة: إنه قضية نص الأم.

قال الأذرعي: وقضية كلام الحاوي وغيره أنه متى قال الأطباء أنه جذام يثبت الخيار. قال ابن السكري في حواشي التلخيص: لم يفرق العراقيون في الجذام والبرص بين المستحكم وغيره وهو كما قال، وقال المحاملي في المجموع فإن كان خفياً كالزعر في الحاجب، فإن اتفق الزوجان على أنه جذام ثبت الفسخ.

قال الماوردي: والزعر مبادىء الجذام ويقع في الحاجبين والأنف، فإن اختلفا فيه روجع طبيبان عدلان، فإن قالا: هو جذام ثبت الخيار، وإن قالا هو زعر فلا خيار فيه، وإن أشكل فالقول قول من ينفيه والحاصل أن المذهب أنه إذا تغير العضو وحكم أهل المعرفة بأنه جذام ثبت الخيار بمجرد ذلك ونص في الأم ولا خيار في الجذام حتى يكون بيناً فأما الزعر في الحاجب أو علامات ترى أنها تكون جذاماً أو لا تكون فلا خيار فيه لأنه قد لا يكون. انتهى.

(٣) قال الأذرعي: قال البيهقي في المبسوط: قال الشافعي رضي الله عنه: والجنون ضربان: فضرب خنق فله الخيار بقليله وكثيره.

وضرب غلبة على عقله من غير حدوث مرض فله الخيار في الحالين معاً، وهذا أكثر من الذي تخنق وتفيق. انتهى.

(٤) قال الأذرعي: محل ثبوت الخيار بالجب ما إذا استؤصل الذكر أو بقي منه دون حشفته، فإن بقي قدرها فلا خيار لها على الأصح فلو تنازعا في إمكان الوطء فالقول قوله على الأصح وقيل قولها وجهاً واحداً، قاله المحاملي وغيره وأنكره ابن الصباغ وقال: ينبغي أن يكون يرى أهل الخبرة. قال المتولي: وهو الصحيح.

والعُنَّة[١]، وإنما يُؤَثِّر الجَبُّ إِذَا لَمْ يَبْقَ ما يَمْكِنُ الْجِمَاعُ بِهِ علَى ما سنبينه في فصل العُنَّة إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

ومنها: ما يختصُّ بالمرأة وهو الرتَّقْ والْقَرَن[٢]، والرَّتق إِرْتَاقُ مَحَلِّ الْجِمَاعِ بِاللَّحم، ويخرج بَولٌ مِثْلِ هَذِهِ من ثقبة ضيقة كَإِحْلِيلِ الرَّجُلِ، والقَرَنُ عَظْمٌ في الْفَرْجِ يَمْنَعُ الْجِمَاعَ، وَيُقَالُ: هو لَحْمٌ ينبت فيه، والدَّائِرُ على أَلْسِنَةِ الْفُقَهَاءِ في لَفْظ القَرَنِ، بتحريك الراء، وهو في كُتُبِ اللُّغَةِ بِالتَّسْكين[٣]، وليس للزوج إجبار الرَّتْقَاءِ على شَقِّ الْمَوْضِع، ولو فعلت هي، وأَمْكَنَ الوطء، فلا خيار، هكذا أطلقوه، ويمكن أن يجيء فيه الخِلَافُ المذكُور، فيما إذا اطَّلَعَ على عَيْب المَبِيع[٤]، بَعْدَ زواله فجملة هذه العيوب سَبْعَةٌ، والممكنُ فرْضُه في كلِّ واحدٍ من الزوجين خَمْسَةٌ.

قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ لا يفسخ النِّكَاحُ بشيء من هذه العيوبِ، إلاَّ أَنَّ الْمَرْأَةَ إذا وَجَدَت زَوْجَهَا مجْبُوباً أو عِنِّيناً تَرْفَعُ الأمْرَ إلى الْحَاكِمِ، حَتَّى، يُفَرِّقَ بَيْنَهُمَا بطلقةٍ، وساعدنا على قولنا مَالِكٌ وَأَحْمَدُ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ـ.

دليلُنا ما رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ أَنَّهُ تزوَّج بامرأةٍ، فَلَمَّا أُدْخِلَتْ

---

(١) قال الأذرعي: قال في الخصال: وليس للرتقاء ولا من لا يصلح جماعها دعوى العنة وكان مراده بهذه من لا يطيقه لضيق مفرط ونحوه وقد يريد به المتحيرة، ولو نكح أمة بشرطه فليس لها دعوى العنة لتضمن دعواها بطلان النكاح.

(٢) قال في المهمات: يرد على الحصر أنه سيأتي في الديات فيما إذا لم تحتمل المرأة الوطء بالإفضاء عن الغزالي أنه إن كان سببه ضيق المنفذ بحيث يخالف العادة فله الخيار وأن المشهور من كلام الأصحاب أنه لا فسخ ثم قال ويشبه أن يفصل بين أن تحتمل وطء نحيف مثلها فلا فسخ وبين أن ينتهي ضيق المسلك إلى أن يحصل به الإفضاء من كل واطيء فهو كالرتق وينزل كلام الأصحاب على الأول وكلام الغزالي على الثاني وهذا التفصيل الذي ذكره في المرأة يجري في الرجل أيضاً.

(٣) قال النووي: يجوز الفتح والإسكان، فالفتح على المصدر وهو هنا أحسن لأنه أنسب لكون قرائنه مصادر وهي الرتق والبرص ونحوهما، وقد أوضحت هذه اللفظة أكمل إيضاح في «تهذيب الأسماء واللغات» ونقلت أقوال أهل اللغة فيها وحاصله، جواز الأمرين وترجيح الفتح. والله أعلم.

(٤) قال في المهمات: صرح بهذا البحث الماوردي في الحاوي وحكاه عنه في البحر إلا أن محله إذا زال بعد علمه فإن زال قبل علمه فلا خيار جزماً.

قال الأذرعي في القوت بعد نقله عن الماوردي ما تقدم وعبارة أبي الطيب في المجرد في شق الرتق وإن فعل ذلك باختيارها واندمل قبل الفسخ لم يكن له الخيار وظاهرها تمكينه من الفسخ قبل الاندمال.

رأى، بِكَشْحِهَا بياضاً، فَرَدَّهَا إِلَىٰ أَهْلِهَا، وقال: «دَلَّسْتُمْ عَلَيَّ»[(١)] وأيضاً فالنكَاحُ معاوضةٌ تَقْبَلُ الانفِساخ، فَجَازَ فَسْخُهَا بالعَيْب، كالعيب بالبَيْع إلاَّ أن المقْصُود في البَيْع الماليَّة، فيؤثِّر فيه كُلُّ عَيْبٍ يقْدَحُ في المالية، والمقصود ههنا الاستمتاع، فيعتبر ما يحلُّ به إما بأن يمنع منه حقيقةً؛ كالجَبِّ والرَّتْقِ أو يُنفِّر نفرةً قويةً، إمَّا للخَوْفِ على النَّفْس والمال، وَذَلِكَ بسبب الجُنُونِ، أو لعيافةِ الطَّبْع، وخوفِ التعدِّي، كما في الجُذَامِ ثُمَّ فِي الْفَصْلِ مَسْأَلَتَانِ:

الأولَىٰ: ظاهر المذهب أن ما سِوَى هَذِهِ الْعُيُوبِ المذكورة لا يُثْبِتُ الخيارُ[(٢)]، وعن الشَّيخِ زَاهِرِ السَّرْخَسِيِّ[(٣)]: أن البَخَرَ والصُّنَانَ إذا لم يَقْبَلاَ [العلاج][(٤)] يُثْبِتَانِ الخيار؛ لأنهما يُوْرِثَانِ النُّفْرَةَ، ويجري الخلافُ، فِيْمَا إِذَا وَجَدَهَا عَذْيُوطَةً، أو وجدته، عِذْيُوطاً، والعِذْيُوطُ هو الذي يَخْرَى عِنْدَ الْجِمَاعِ وزاد الْقَاضِي حُسَيْنٌ وَغَيْرُهُ، فأثبتوا الخِيَارَ بالاسْتِحَاضَةِ، والعُيُوبُ الَّتِي [تجتمع؛ فتَنفِّر تنفِيراً][(٥)] البَرَصِ، وتكسر شهوة التَّائِقِ؛ كالقُرُوحِ السَّائِلَةِ، وما فِي مَعْنَاهَا، ويقال: إنَّ الشَّيْخَ أَبَا عَاصِمٍ حَكَاهُ قَوْلاً عَنِ الشَّافِعِيِّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ.

الثَّانِيَةُ: إِذَا وَجَدَ أَحَدُ الزَّوجَينِ الآخَرَ خُنْثَى؟ فِيْهِ قَوْلاَنِ:

أَحَدُهُمَا: أنَّ لَهُ الْخِيَارَ لتعيره بالمقام معه، ولنفرة الطَّبْع.

وأصحهما: على ما ذكره المحَامِلِيُّ وغيره: أنه لا خِيَارَ؛ لأنه لا يفوِّت مقصود النكاحِ، وَذَلِكَ سلعةٌ أو ثُقْبة زائدةٌ. وفي مَحَلِّ الْقَولَينِ طُرُقٌ:

أَصَحُّهُمَا: أنَّ القولَيْن فيما إذا اختار الذكورة، فَنَكَحَ امرأةً أو الأنوثَة، فَنَكَحَتْ رَجُلاً، فَإِنَّهُ قد تبيَّن خلافُ الاختيار، أَمَّا إِذَا اتَّضَحَ الْحَالُ بِالْعَلاَمَاتِ الدَّالَّةِ على الذكورة أو الأنوثة، فَلاَ خِيَارَ.

---

(١) أخرجه أبو نعيم في الطب والبيهقي في حديث ابن عمر بهذا اللفظ، وقد تقدم في الخصائص، وفيه اضطراب كثير على جميل بن زيد راويه.

(٢) سيأتي في باب النفقات ثبوت الفسخ بالإعسار بالمهر قبل الدخول والإعسار بالنفقة والكسوة والمسكن، ونقل أيضاً في باب النفقات عن الحاوي أنه لو وجدها مستأجرة العين أنه يثبت له الخيار وظاهر حصره هنا يأباه وذكر الشيخان أيضاً أن في معنى التعنين المرض الذي لا يتوقع زواله ولا يمكن الجماع معه نقلاً عن الشيخ أبي محمد ولم يعترضا وجزم به ابن الرفعة في الكفاية وما إذا وجد أحد الزوجين الآخر رقيقاً.

(٣) هو زاهر بن أحمد بن محمد بن عيسى أبو علي السرخسي. أخذ الفقه عن أبي إسحاق المروزي، والأدب عن أبي بكر بن الأنباري.
قال فيه الحاكم: المقرىء، الفقيه، المحدث، شيخ عصره بخراسان.
توفي في ربيع الآخر سنة تسع وثمانين وثلاثمائة وله ست وتسعون سنة. (الأنساب ٧/ ١١٩)، (طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/ ١٥٧ ـ ١٥٨).

(٤) في ز: الصلاح. (٥) في ز: تجمع فتتعين تعين.

والثَّانِي: أنَّ القولَيْن جاريانِ أيضاً، فيما إِذَا اتَّضَحَ الْحَالُ بِعَلاَمَةٍ مَظْنُونَةٍ، فَإِنْ كَانَ مَقْطُوعاً بها كالولاَدَةِ، فَلاَ خِيَارَ.

والثالث: طرد القَوْلين، وإِنْ كَانَتِ الْعَلاَمَةِ مَقْطُوعاً بها لِمَعْنَى النُّفْرة، ولا يثبت الخيار بكَوْنِها عَقِيماً، ولا بكَوْنِهَا مُفْضَاةً، والإِفْضَاءُ: رَفْعُ مَا بَيْنَ مَخْرَجِ الْبَوْلِ ومحل مدخل الذِّكرِ.

فَرْعَانِ:

الأولُ[1]: إِذَا ظَهَرَ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوجَيِن عَيْبٌ[2] مِنَ الْعُيُوبِ المثبِتَة للخيار، فإن كَانَا من جنسَيْن، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ منهما الخِيَارُ، إِلاَّ إِذَا كَانَ الرَّجُلُ مَجْبُوباً، والْمَرْأَةُ رَتْقَاء، فَهُمَا كالجِنْسِ الواحِدِ، كذلك ذَكَرَهُ الحَنَّاطِيُّ والشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وَالإِمَامُ.

وَحَكَى فِي «التَّهْذِيبِ» طَرِيقَةً أخرى قَاطِعَةً بِأَنَّهُ لا خيار؛ لأنه، وإِنْ فَسَخَ، لا يصل إِلَى مقصود الوطء، وقضيَّةُ إيرادِهِ ترجيحُ هذه الطريقة، وإِنْ كَانَا من جِنْسٍ وَاحِدٍ، فَوَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ لاَ خِيَارَ لتساويهما.

وَأَصَحُّهِمَا: ثُبُوتُ الْخِيَارِ لِكُلِّ وَاحِدٍ منْهما؛ لأنَّ الإِنْسَانَ يَعَافُ من غيره ما لاَ يُعَافُ من نَفْسِهِ، وهذا في غير [الجنون][3] أَمَّا إِذَا كَانَا مجنونَيْنِ، فَلاَ يمكنُ إثباتُ الخيارِ لِوَاحِدٍ منهما، ثم ليكن الوجْهَانِ، فيما إذا تَسَاوَى العَيْبَانِ في القَدْرِ والفُحْش، فإِنْ كَانَ فِي أَحَدِهِمَا أَكْثَرَ أو أَفْحَشَ، وجب أن يثبت الخيارُ للآخَرِ مِنْ غير خِلاَفٍ.

الثاني: لو نَكَحَها، وهوَ عالِمٌ بعَيْبِها، أو نَكَحَتْه، وَهِي عَالِمَةٌ بِعَيْبِهِ، فَلاَ خِيَارَ، كَمَا لَوِ اشْتَرَى [شيئاً]، وهو عالم بعيب المبيع وَهَذَا في غير العُنَّة، وفي العُنَّة كَلاَمٌ سيأتِي من بَعْد، فَلَوِ ادَّعَى مَنْ بِهِ الْعَيْبُ عِلْمَ الآخر به، فأنكر فالمصدَّقُ المُنْكِر، [بيمينه] وفي «أمالي» أبي الفرج السَّرْخَسِيِّ وَجْهٌ، أَنَّهُ إِذَا وَقَعَ هَذَا الاخْتِلاَفُ بعد الدُّخُول، فالقَوْلُ قَوْلُ مَنْ يَدَّعِي الْعِلْمَ[4].

---

(١) في أ: أحدهما.

(٢) قال في المهمات: هذا في الجنون المطبق فلو كان منقطعاً أمكن كلاً منهما الفسخ.

(٣) في ز: الجبوب.

(٤) قال في الخادم: ما رجحه من تصديق المنكر موضعه إذا أمكن ما قاله كالرتق والبرص تحت الثياب ونحوهما مما يخفى. فأما البرص في الوجه والجذام في الأنف فلا يقبل قوله فيه هكذا. قاله الصيمري في الإيضاح ونقله عنه صاحب الاستقصاء ثم قال: وفيه نظر لأن الأصل عدم العلم به فكان القول قوله فيه بيمينه.

فَرْعٌ ثالثٌ: لو جَبَّتِ الْمَرْأَةُ ذَكَرَ زَوْجِهَا، هَلْ يَثْبُتُ لَهَا الْخِيَارُ؟.

فيه وجهان:

أَحَدُهُمَا: لا، كما لو عَيَّب المشتري المبيعَ قَبْل القبض.

وَأَصَحُّهِمَا: نَعَمْ، كما لو [خرب][1] المستأجر الدَّارَ المستأجرة، ثَبَتَ لَهُ الْخِيَارُ، وهذا؛ لأن الْمَرْأَةَ بالجَبِّ لا تصير قابِضَةً لحقِّها، كالمستأجِرِ لا يصيرُ قابضاً لحقِّه بالتَّخْرِيبِ، والمشتري بالتعيب قَابضٌ لحَقِّهِ واللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَهَذَا فِيمَا يُقَارِنُ العَقْدَ، وَإِنْ طَرَأَ عَلَيْهِ قَبْلَ الْمَسِيسِ ثَبَتَ لَهُ الخِيَارُ، وَبَعْدَ المَسِيسِ وَجْهَانِ، إِلاَّ العُنَّةَ فَإِنَّهَا لاَ تُؤَثِّرُ بَعْدَ المَسِيسِ، وَيَثْبُتُ لِلزَّوْجِ أَيْضاً بعَيْبهَا الطَّارِىءِ عَلَى أَحَدِ القَوْلَيْنِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِنْ كَانَ العَيْبُ مقارناً لعقْدِ النِّكَاحِ، فالحُكْم ما بيَّنَّاه، وإِنْ حَدَثَ بعْد العَقْد ما يثبت الخيارُ، لو كان مقارناً، فإما أن يحدُث بالزوج أو بالزوجَة، إن حدث بالزوج، فيُنْظر، إن كان قبل الدخول، فَلَهَا الْخِيَارُ، لحصول الضرر، كما لو كان مقارناً، وإن كان بعد الدُّخُول، فإن كان الحادِثُ الجُنُونَ أو الجُذَامَ أو البَرَصَ.

فقد حَكَى صَاحِبُ الكتاب فيه وجهَيْن، وَكَأَنَّ الدُّخُولَ في وجه ينزل منزلة قبض المبيع، والعَيْبُ الحادِثُ بعد القرض لا يثبت الخيار، ولم نَرَ لغيره نقل الوجهين في المَسْألة، لكن أَطْلقوا الْجَوَابَ بِثُبوتِ الْخِيَارِ.

وقالوا: حَقُّ الاسْتِمْتَاعِ يُشْبِه حَقَّ الانْتِفَاعِ في الإجارةِ، والعَيْبُ الحادِثُ في العَيْن المستأجَرَةِ يُثْبِت الخيار، فكَذلك، ههنا، وإِنْ حَدَثَتِ العُنَّةُ، فَلاَ خِيَارَ لها؛ لأَنَّهَا عَرَفَتْ قُدْرَتَهُ، ووَصَلَتْ إلى حَظِّهَا، وإن حدث الجَبُّ، فوجهان، ويقال: قولان:

أَحَدُهُمَا: أنه كالعُنَّة.

وَأَصَحُّهُمَا: أنه يثبت الخيار؛ لأن الجَبَّ يُورِثُ الْيَأْسَ عن الْوَطْءِ والعُنَّةُ قد يُرْجَى زوالُهَا، وإن حدث العَيْبُ بالزوجة، إمَّا قبل الدُّخُول أو بَعْده، فقولان:

الجديد: أنه يثبت للزَّوْج الخيار، كما يَثْبُتُ لَهَا إِذَا حَدَثَ الْعَيْبُ بِهِ.

والقديمُ: المنعُ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ لأنه لا تدليس منها، وَهُوَ مُتَمَكِّنٌ مِنْ تَخْلِيصِ نَفْسِهِ بالطَّلاَقِ، وغيرُ [مضطرٌ][2] إلى الْفَسْخِ، واللَّهُ أَعْلَمُ.

---

(١) في ز: خسرب.

(٢) في ز: مفتقر.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَأَمَّا الأَوْلِيَاءُ فَلاَ خِيَارَ لَهُمْ بِالْعَيْبِ الطَّارِىءِ، وَيَثْبُتُ فِي المُقَارِنِ بِالجُنُونِ، وَلاَ يَثْبُتُ بِالجَبِّ وَالعُنَّةِ، وَفِي البَرَصِ وَالجُذَامِ وَجْهَانِ، وَقِيلَ: فِي الجَمِيعِ عَارٌ فَيَثْبُتُ لَهُمُ الخِيَارُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: أَوْلِيَاءُ الْمَرْأَةِ لَيْسَ لَهُمْ [خيار الفسخ][1] بالعيوب الْحَادِثَةِ بِالزَّوجِ، لأنَّ حَقَّهُمْ في الكفاءة، إنما يُرَاعَى في ابتداء الْعَقْدِ دون الدَّوَامِ؛ أَلاَ تَرَى أَنَّ الْمَرْأَةَ لَو رَغِبَتْ فِي نِكَاحِ عَبْدٍ، كان لأوليائها المَنْعُ، ولو عَتَقَتْ أَمَةٌ، تَحْتَ عَبْدٍ، ورَضِيَتْ بالمقام مَعَهُ، لم يكن لَلأَولِيَاء الفَسْخُ.

وأما والعيوب المقارِنَة للعَقْدِ، ففي الْجُنُونِ، لَهُمْ الْفَسْخُ، وإن رضيتِ المرأة؛ لأنهم يتعيَّرون به، وفي الجَبِّ والعُنَّةِ لا فَسْخَ لَهُمْ؛ لأنه لا عَارَ عَلَيْهِمْ بجبِّه وعُنَّته، وإِنَّما الْفَائِتُ بِذَلِكَ الاستمتاع، وضَرَرُه يعود إليها، وفي الجُذَامِ والبَرَصِ وجهان:

أحدهما: أنه لاَ خِيَارَ لَهُمْ، لأنَّ جهة الضَّرَرِ فِيهِمَا صُحْبَةُ مَنْ تعافُ النفْسُ منه، وهذا المعنى يختص بها.

وَأَشْبَهُهُمَا: ثُبُوتُ الْخِيَارِ كَمَا فِي الْجُنُونِ؛ لأنَّ فيهما نُقْصَاناً ظَاهِراً، ويتعيَّرون بمواصلة مَنْ به ذلك؛ ولأن العلَّةَ قد تَتعدَّى إِلَيْهَا وإِلَى نسلها، وَمِنَ الأَصْحَابِ مَنْ حَكَمَ بِثُبوتِ الْخِيَارِ لَهُمْ في جميع العيوب المقارنة، [وَادَّعَى][2] أنهم يتعيَّرون بجميع ذَلِكَ.

وحُكِيَ عَنِ الْقَفَّالِ: أَنَّ هَذَا أَظْهَرُ الطَّرِيقَيْنِ، وَعَلَى هَذَا؛ يُخَرَّجُ حُكْمُ ابْتِدَاءِ التَّزْوِيجِ، فَإِنْ دَعَتْ إِلَى تَزْوِيجِهَا من مَجْنُونٍ، فَلَيْسَ عَلَى الأَوْلِيَاءِ الإِجَابَةُ وإن دَعَتْ إِلَى تزويجها من مَجْبُوبٍ أو عِنِّينٍ، فعليهم الإجابة، فإن امتنعوا، فَهُمْ عَاضِلُونَ، وَإِنْ دَعَتْ إِلَى تَزْوِيجِهَا مِنْ مَجْذُومٍ أَوْ أَبْرَصٍ فَعَلَى الوجهَيْنِ.

وعلَى ما حُكِيَ عَنِ الْقَفَّالِ: لَيْسَ عليهمُ الإِجَابَةُ فِي شَيْءٍ مِنْ هَذِهِ الْعُيُوبِ، وإذا أطلقت الكلام، ولم تفصل، قلت: فيه ثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ:

أَحَدُهَا: أَنَّ لَهُمْ أَلاَّ يُجِيبُوا.

والثاني: لَيْسَ لَهم الْمَنْعُ إلاَّ فِي الْجُنُونِ.

والثالث: لهم المنعُ في الجُذَامِ والبَرَصِ أيضاً، وَيُحْكَىٰ هَذَا عَنِ ابْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ.

والثاني: عن أَبِي إِسْحَاقَ، ونَقَلَ الحَنَّاطِيُّ في العَيْبِ الحادِثِ بَعْدَ الْعَقْدِ وَجْهاً غَرِيباً أَنَّ لِلأَوْلِيَاءِ إجبارها على اختيار الفراقِ، حَيْثُ قُلْنَا: الْمَنْعُ فِي الابْتِدَاءِ.

---

(١) في ز: فسخ.
(٢) في ز: ورأى.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَلِهَذَا الخِيَارُ عَلَى الفَوْرِ وَهُوَ مُسْقِطٌ لِلمَهْرِ قَبْلَ الْمَسِيسِ وَإِنْ كَانَ الفَسْخُ مِنْهُ، وَفِيمَا بَعْدَ المَسِيسِ قَوْلٌ مُخَرَّجٌ مِنَ الرِّدَّةِ أَنَّ المُسَمَّى يَتَقَرَّرُ، وَفِي الرِّدَّةِ قَوْلٌ مُخَرَّجٌ مِنْ هَهُنَا، وَمَهْمَا كَانَ العَيْبُ طَارِئاً كَانَ تَقْرِيرُ المُسَمَّى أَوْلَىٰ، وَلاَ رُجُوعَ (م) بِالمَهْرِ المَغْرُوم عَلَى الْوَلِيِّ عَلَى الجَدِيدِ وَلاَ نَفَقَةَ وَلاَ سُكْنَى لَهَا فِي الْعِدَّةِ كَمَا لاَ مَهْرَ، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلاً فَلَهَا النَّفَقَةُ إِنْ قُلْنَا: إِنَّهَا لِلحَمْلِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْكَلاَمَ الآنَ في أَحْكَامِ هَذَا الخِيَارِ، [والغَرَضُ][(١)] يتهذَّب بِرَسْمِ مَسَائِلَ:

الأُولىٰ: هَذَا الْخِيَارُ عَلَى الْفَوْرِ كَخِيَارِ الْعَيْبِ في البيع ولا ينافي كَوْنُهُ على الْفَورِ ضَرْب الْمُدَّةِ في العُنَّةِ، فإنَّها حينئذٍ تَتحقَّق، وإنَّمَا يُؤْمَرُ بالمُبَادَرَةِ إِلَى الفَسْخِ بَعْدَ تَحقُّقِ [العَيبِ][(٢)]، هَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ، وَعَنْ الشَّيخ أَبِي عَلِيٍّ فِي شَرْحِ «التَّلْخِيصِ»: أن مِنَ الأَصْحَابِ مَنْ أَجْرَى فِيهِ قَوْلَيْنِ آخَرَيْنِ، كَمَا فِي خِيَارِ العِتْقِ:

أَحَدُهُمَا: أنَّه يَمْتَدُّ ثلاثة أَيَّام.

والثاني: أَنَّهُ يبْقَىٰ إلى أن يوجَدَ صريحُ الرِّضَا بالمقام معه، أو ما يَدُلُّ عليه، وفرق على الطريقة الأُولَىٰ بِأنَّ الأئمة تَحْتَاجُ إِلَى النَّظَرِ والتَّرَوِّي، وههنا، يختص النقصان بالإطِّلاَعِ عَلَى الْعَيبِ فلا يحتاج إلى مُهْلَةِ النَّظَرِ، وليس هَذَا الْفَرْقُ بِوَاضِحٍ، وَهَلْ يَنْفَرِدُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَينِ بالفسخ، أم لاَ بُدَّ من [الرفع][(٣)] إلى الْحَاكِم.

أما العُنَّةُ، فَلاَ بُدَّ فِيْهَا من الرَفع إلى الْحَاكِمِ، [وَفيمَا][(٤)] سِوَاهَا من العُيُوبِ فيه وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: الانفرادُ بالفَسْخ كفَسْخِ البيعِ بالعَيْبِ، وَهَذَا مَا أَجَابَ بِهِ الإِمَامُ، وَرَجَّحَهُ مُرَجِّحُونَ.

والثاني: لاَ بُدَّ من الرفع؛ لأنَّهُ مجتهدٌ فيه فَأَشْبَهُ الْفَسْخَ بالإعسار، وَهُوَ أَقْرَبُ، وَهُوَ الَّذِي أَوْرَدَهُ الشَّيخُ أَبُو حَامِدٍ وَصَاحِبُ «الشَّامِلِ» قَالَ فِي «التَّهْذِيبِ» [وعلى الوجهين][(٥)] لو أخر إلى أن يَأْتِيَ الْحَاكِمُ، ويفسخ بحضرته، يجوز، ولو وطئها الزَّوْجُ، وَظَهَر بِهَا الْعَيْبُ، فَقَالَت: وُطِئْتُ مع العلم، وَأَنْكَرَ أو كان العَيْبُ به، فقال: مكنت مع العِلْم، وأنكرت، فالقول قَوْلُ الْمُنْكِرِ، وعن أبي الْحُسَيْنِ بْنِ القَطَّانِ: أنَّ الْقَولَ قَوْلُ

(١) في ز: والعوض.
(٢) في ز: العنت.
(٣) في ز: الدفع.
(٤) في ز: وما.
(٥) سقط في ز.

صَاحِبِهِ؛ لأن المُنْكِرَ يبغي الفسخ، والأَصْلُ دَوَامُ النِّكَاحِ.

الثانية: الفسخ بالعيب المقارن للعقد، إمَّا أَنْ يَتَّفِقَ قَبْلَ الدُّخُولِ أَوْ بَعْدَهُ، إنِ اتَّفَقَ قبل الدخول، فليس لَهَا نِصْفُ الْمَهْرِ، ولا متعة؛ لأنه، إنْ كان العَيْبُ به، فهي الفاسخةُ للعَقْد، وَإِنْ كَانَ الْعَيْبُ بِهَا فَسَبَبُ الْفَسْخِ معْنًى وُجِد فيها، فكأنَّها هي الفاسِخَةُ، وإن اتفق الفسخُ بعْد الدخول، فَالنَّصُّ وَظَاهِرُ الْمَذْهَبِ أَنَّ لَهَا مَهْرَ الْمِثْلِ، ويسقط المسمَّى، لمعنيين:

أَحَدُهُمَا: أنَّ الفسخ كمعنًى مقرونٌ بالعقد، فيرفع التسمية من أصْلِها؛ لأنَّ الزوْج إنَّما بَذَلَ الْمُسَمَّىٰ عَلَى ظَنِّ السَّلاَمَةِ، ولم تحصل، فكأن العقْدُ جرى بِلاَ تسمية، فيجب مَهْرُ المثل.

والثاني: أَنَّ قضيَّة الفسْخ أن يرجع كُلُّ واحدٍ من المتعاقِدَيْنِ إِلَى عين حَقِّهِ، إنْ بَقِيَ، وإلى بَدَلِهِ إنْ تَلِف، والعَقْدُ جرى على البُضْعِ بالمسمَّى، فعند الفسخ يرد إِلَى الزوج عين حقِّه، ويدفع إليه بَدَل حَقِّهَا، وهو مَهْرُ المثل؛ لفوات الحق بالدخول، وفيه قَولُ، مخرَّجٌ أنه يستقر المسمَّى، ولا رُجُوعَ إِلَى مَهْرِ المثل، لأَنَّ الدُّخولَ جَرَى في عقْدٍ صحيحٍ مشتملٍ على تسميةٍ صحيحةٍ، فأشبه الردَّةَ بعد الدخول، ومنها خُرِّجَ هذا القَوْلُ.

قَالَ الأَئِمَّةُ: وَهَذَا قريبٌ من القياس، فإنَّ الفسْخَ عندنا لا يَسْتَنِدُ إِلَى أَصْلِ الْعَقْدِ، وفي «التَّتِمَّةِ» وَجْهٌ: أنه إن فَسَخ الزَّوْج بعيبها، فعليه مَهْرُ المثل، وإنْ فسختْ هي بعَيْبِهِ، فالواجبُ المسمَّى، والفرْقُ إِذَا كان العَيْب بها، فالزوْج يقول: كنْتُ أبذلُ المسمَّى؛ ليكون لي البُضْعُ سليماً، فإذا لم يسلم، لا أبذله، وأُغْرِمَ ما فَوَّت، وإذا كان العيْبُ به، فقد سلمت ما يقابل العِوَضَ سليماً، فيسلم لها العِوَض، وَأَمَّا الفسْخُ بالعَيْبِ الحادثِ بعْد العقد، فإنْ كان قَبْل الدُّخُول، فلا مَهْرَ، وإن كان بعده.

فإن قُلْنَا: إِنَّ الْوَاجِبَ عند الفَسْخ بالعَيْب المقارِنِ المسمَّى، فكذلك ههنا وإنْ قلنا: إنَّ الواجِبَ هناك مَهْرُ المِثْلِ، فههنا ثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ:

أَحَدُهَا: أنَّ الواجب مَهْرُ المِثْلِ أيضاً؛ لأنه لم يسلم له ما طَمِعَ فيه، فلا يكلَّف ما التزمه.

والثاني: أَنَّ الواجِبَ المسمَّى؛ لأن المثبت للخيار حَدَثَ بعْد العقد، ووجوب المسمَّى [بالعقد] فلا يُؤَثِّرُ فيه.

الثالث: وهو الأصح: أنَّه، إنْ حَدَثَ قبْلَ الدُّخُول، ثُمَّ دَخَلَ بها، وهُو غَيْرُ مطَّلِع على الحال، وجَب مهْرُ المِثْل، وجعل اقترانه بالوطء المقرَّر للمَهْر، كالاقترانِ بالعَقْد، إن حَدَثَ بعْد الدخول، فالواجِبُ المسمَّى؛ لأنَّ الدخول قد قرَّره قبل أن يُوجَد سَبَبُ

الْخِيَارِ[(١)] وَقَوله في «الكِتَابِ وفيما بعد المسيس قول مُخرَّج من الردة: أنَّ المسمَّىٰ يتقرَّر ولا يرجع إلى مهر المثل» اكتفى بالقَوْل المُخرَّج عن ذِكْرِ المنْصُوص؛ لأنَّ فيه إشعاراً بأنَّ المنْصُوصِ عكسه.

وقولهُ: في الردة قولٌ مخرَّج من ههنا التخريج من هذا الطرف لم يتعرَّض له أكثرهم، وقالوا: الردَّةُ لا تستند إلى ما تقدَّم بحالٍ، فلا يُؤثِّر فيما سبَقَ وجُوبُهُ، نعم، قَالَ الإِمَامُ: [رَأَيتُ][(٢)] في تعليقي عن شَيْخِي، وفي تعليقِهِ عَنْ شَيْخِهِ، ذكر وجه في الردَّة أنَّه يسقط المسمَّى، ويجب مهرُ المثل، ثم استبعدَهُ، وقال: [أخشى][(٣)] ألاَّ يصح فيه نقل.

فرع: حَكَى الحَنَّاطِيُّ فِيمَا إِذَا اَطَّلَعَ أَحَدُ الزَّوجَيْنِ على عَيْبِ الآخَرِ وَمَاتَ الآخَرُ قَبْل الْفَسْخِ وجهَيْن في أنَّه، هَلْ يَفسَخ بَعْد الموت، والظَّاهِرُ: أنَّه لا يَفْسَخ، ويتقرَّر المسمَّى بالمَوْتِ، ولو طلَّق زوْجته قَبْل الدخول، ثم اَطَّلَعَ على عيْبٍ بها، لم يسقط حَقُّهَا من نصْف المَهْر؛ لأَنَّ الفرقة حَصَلَتْ بالطلاق.

الثالثة: إذا فَسَخ النِّكاح بعَيْبُ الزَّوْجة، وغرم المهر، فَهَلْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِمَا غَرِمَ عَلَى مَنْ غَرَّهُ وَدَلَّسَ عَلَيْهِ.

فيه قولان:

الجديد: المنع، وبه قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ لأَنَّهُ شَرَع في النِّكَاح عَلَى أنْ يتقوَّم عليه البُضع، فإذا استوفى منفعته، تَقَرَّرَ عَلَيْهِ عِوَضُهُ.

والقديم: وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ: أنَّ له الرجُوعَ عليه، لما رُوِيَ عَنْ عُمَرَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أنه قَالَ: أَيُّمَا رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً، وَبِهَا جُنُونٌ، أو جُذَامٌ، أو بَرَصٌ، فَمَسَّهَا، فَلَهَا صَدَاقُهَا وذلك لزوْجِهَا غُرْمٌ عَلَى وليِّهَا[(٤)]، ومحلُّ القولَيْن ما إذا كان العَيْبُ موجوداً عند العقْد، أمَّا العيب الحادثُ بعْد العقْد إذا فسخ به، فَلاَ رجُوع بالمَهْر بحالٍ؛ لأنه لا تدْلِيسَ منه، وفي «التَّتِمَّة» أنَّ محلَّهما ما إذَا كان المغْرُومُ مهرَ

---

(١) والحاصل أن الوطء مضمون بلا خلاف لأن الوطء في النكاح لا يخلو عن مقابل إنما الخلاف هل يجب المسمى أو مهر المثل فإن قيل في رد الجارية المبيعة بعيب وطؤها غير مضمون، وقد اشتركا في الفسخ بالعيب أجيب بأن الوطء مقصود في النكاح فوجب بذله بكل حال والوطء في المبيع ليس مقصوداً في البيع وإنما العقد على الرؤية والوطء منفعة ملكه فلم يقابله عوض.

(٢) في ز: وليس.

(٣) في ز: أجنبي.

(٤) أخرجه سعيد بن منصور عن هشيم عن يحيى بن سعيد عن ابن المسيب عنه نحوه، وهو في الموطإ عن يحيى، وعند الشافعي عن مالك، وعند ابن أبي شيبة عن ابن إدريس عن يحيى، وفي الباب عن علي أخرجه سعيد أيضاً.

المثلِ أما إذا أوجبنا المسمَّى غرمه، فلا رجوع به؛ لأنَّ المسمَّى، بدل ما ملك بالعقد، وسلم له، وهو الوطأة الأولَى، فَإنَّ الْمُسَمَّى تَقَرَّرَ بِهَا.

والأشبه ما في «التهذيب» وهو التسوية بين أنْ يكون المغْرُوم مهْرَ المثل، وبين أنْ يَكُونَ المغروم المسمَّى، ورأى الإِمَامُ ترتيبَ القولَيْن ههنا على القولَيْن في الرجوع عند التَّغرِيرِ بالحُرِّيَّة علَى ما سنذْكُرهما، فإنْ قُلنا: لا رُجُوع ثَمَّ، فهَهنا أَوْلَى، وإن قُلْنَا بالرجوع هناك، ههنا قولان: وجه التَّرْتِيبِ: أن التغرير هناك بالاشتراط، فههنا اشتراط، بَلْ غَايَةُ ما يفرض السكوتُ والكتمانُ علَى ما ستعرفه، والاشْتِرَاطُ أَبْلَغُ فِي التغرير، فإنْ قُلْنَا بالرُّجُوعِ، ونُظِرَ؛ إن كان التغرير والتدليسُ منْها دون الوَليِّ، فالرجوعُ علَيْها دُونَ الْوَلِيِّ.

وصَوَّر في «التَّتِمَّةِ» التغرير منْها بأنْ خطب الزوْجُ إليها، فلم يتعرَّض لما بها من العَيْب، والْتمسَتْ من الوَليِّ تزْوِيجَهَا منه، وأظْهَرَتْ لَهُ أَنَّهُ عرف الزَّوْج حالها، وَصَوَّرَهُ الشَّيخُ أَبُو الْفَرَجِ الزاز فيما إذا عقَدَتْ بنَفْسِها، وحكمَ حاكِمٌ بصحَّته، ولفظ [الرجوع][1] الَّذِي استعمله الأَصْحَابُ يُشْعِرُ بالاسترداد منْها بعْد الدَّفع إليها، لكن ذَكَرَ الشَّيخُ أَبُو حَامِدٍ وَالإِمَامُ: أَنَّهُ لا معْنَى للدَّفع إلَيْها والاسْتِرْدَادِ مِنْها، ويعُودُ مَعْنَى الرُّجُوع إِلَى أنَّه لا يغرم لها، وهلْ يجبُ لها أَقَلُّ ما يَصْلُحُ صَدَاقاً؟ فيه وجهان، ويقال:[2] قَوْلاَنِ؛ كَيْلاَ يخلو الوطء عن المهر، وإن كان التغرير من الوليِّ بأن خَطَبَ إلَيْه، فأجابه إلى التزويج، وهو مجبر أو غير مجبر، فَاسْتأذَنَها، ولم يظهر للخاطب ما بها، فإن كَانَ عَالِماً بالعَيْب، رَجَعَ عَلَيْه بجميع ما غرم، وإن كَانَ جَاهِلاً، فَوَجْهَانِ، يُوجَّه أَحَدُهُمَا؛ بأنَّه غير مقصِّر.

والثاني: بأن ضَمَانَ [المال][3] لا يختلف بالعلْم والجهل، فإنْ قلْنا: لا رجوع عليه، إِذَا جَهِل، فذلك إذا لم يكن مَحْرَماً لَهَا؛ كابْن الْعَمِّ، والمعْتِقِ، والقاضِي، فحينئذٍ، يكونُ الرجُوعُ على المرأة فأما إِذَا كَانَ مَحْرَماً، فلا يخْفَى الحالُ عليه غالباً، وإن خَفِيَ، فهو لتقْصِيرِهِ [بترك][4] البحْثِ، فيرجع عليه، وفيه وَجْهٌ، أنَّه لا رجُوعَ على المحْرَم أيضاً عند الجَهْل.

وَذَكَرَ الحَنَّاطِيُّ: أَنَّهُ لا رُجُوعَ على الحاكم بحالٍ عند الجَهْل، فإنْ قُلْنَا: لاَ رُجُوعَ عَلَيْه، إذا جَهِلَ، فعَلَى الزَّوْج إثباتُ العِلْم بأنْ يقيم الْبَيِّنَةَ عَلَى إقْرَارِهِ بِالْعِلْم، وَإِنْ غَرَّهُ جَمَاعَة مِنَ الأوْلِيَاء؛ فَالرُّجُوعُ عَلَيْهِمْ، فَإن جهل بعضهم، وَقُلْنَا: لا رَجُوع على

---

(١) في ز: الدخول.

(٢) قال النووي: الأصح عند من قال بالرجوع، أنه لا يبقى لها شيئاً، ويكفي في حرمة النكاح أنه وجب لها ثم استرد بالتغرير.

(٣) في ز: الملك.

(٤) في ز: بقول.

الجاهِل، رجَعَ عَلَى مَنْ عَلِمَ، وَإِنْ وُجِدَ التقرير منها، ومن الولّي، فيكون الرُّجُوعُ عليها؛ لأَنَّ جانبها أَقْوَىٰ من حيث إن [العيب][(١)] بها أو يرجع على كُلِّ وَاحِدٍ منهما بالنصف؟ فيه وجهان مذكوران في «التَّتِمَّة» وَإِنْ غَرَّتِ الْمَرْأَةُ الْوَلِيَّ، والوليُّ الزوْجَ، رجَعَ الزوْجُ على الوليِّ، والوليُّ عليها، ولم يتعرَّضوا لما إذا كانت الَمرأَةُ جَاهِلَةً بعَيْبِها، ولا يَبْعُد مجيء الخِلاَف[(٢)] فيه.

الرَّابِعَةُ: المفسُوخُ نكاحُها بعْدَ الدُّخول لا نَفَقَةَ لَهَا فِي العِدَّةِ، ولا في السُّكْنَى، إِنْ كَانَتْ حَائِلاً؛ لانقطاع أَثَرِ النِّكَاحِ بالفَسْخ، وإن كانَتْ حَامِلاً، فَإِنْ قُلْنَا: إن [نفقة المطلقة][(٣)] الحامِلِ للحَمْل، وجبت ههنا أيضاً؛ لحق القرابة، وإن قلنا: إنَّها للحامل، وَهُوَ ٱلأَصَحُّ، لم تجب، وإيراد ٱلإِمَام وَصَاحِبِ «التَّهْذِيبِ» يقتضي كَوْنَ السُّكْنَى عَلَى هَذَا الْخِلاَفِ، وَصَرَّحَ بِهِ الحَنَّاطِيُّ، ثُمَّ حَكَى طَرِيقَةً أُخْرَى قَاطِعَةً، بأنه لا يجب السُّكْنَى هَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ في الْمَسْأَلَةِ، ومنهم مَنْ جَعَلَ استحقاق الحامل للسكْنَى على قولَيْنِ، وَقَدْ نَقَلَ هَذِهِ الطَّرِيقَةَ صَاحِبُ «الْكِتَابِ» في «باب العِدَّةِ» ويمكن أن يُبْنَى الخلافُ على أَنَّ الْوَاجِبَ لها مَهْرُ المِثْلِ، أو المسمَّى إِنْ أوجبنا مَهْرَ المثْلِ، جَعَلْنَا النِّكَاحَ كالمفسُوخِ من أَصْلِهِ؛ لاقتران سبَبِ الفَسْخ به، ونزلناه منزلة النكاح الفاسد، وإن أَوْجَبْنَا المسمَّى نزل الفسخ منزلةَ رَفْعِ النكاح بالطَّلاق، فينبغِي أَنْ تجب السكْنَى، وأن تجب النفقة، إذا كانت حاملاً، وَذَكَرَ القَاضِي ابنُ كَجٍّ؛ أَنَّ أَبَا الطَّيِّبِ بْنَ سَلَمَةَ خَرَّجَ فِيْمَا إِذَا كان الفسخ بالعَيْب الحادثِ أنَّها تستحقُّ السُّكْنَى، وهذا ذَهَابٌ منه إلى الفَرْق بين الفَسْخ بالعَيْب الموجود عنْدَ العَقْد، والفَسْخ بالعَيْب الحادِثِ، وقد سبق في المَهْر نظيرُهُ، وإذا لم نوجِبْ لها السكْنَى، فلو أراد الزَوْجُ أَنْ يُسْكِنَها تحصيناً لِمَائِهِ، قال أَبُو الْفَرَجِ السَّرْخَسِيُّ: لَهُ ذَلِكَ، وَعَلَيْهَا أَنْ تَسْكُنَ.

وَقَوْلُهُ في الكتاب: «كما لا مَهْر» يجوز أن يريد، به المسمَّى، ويجوز أَنْ يكونَ المَعْنَى كما لا مَهْرَ قبل الدخول.

«فرع»: إذا رَضِيَ أَحَدُ الزوجَيْنِ بِعَيْبِ الآخر، ثُمَّ حدَثَ بمَنْ به العَيْبُ عيْبٌ آخَرُ، ثبت له الخيار بالعيب الحادث، وإِنِ ٱزْدَادَ ٱلأَوَّلُ؛ فلا[(٤)] خيار، لأَنَّ رِضَاهُ بِالأَوَّلِ رِضاً

(١) في ز: العنت.

(٢) قال النووي: لا مجيء له لتقصيرها الظاهر، لا سيما وقد قطع الجمهور بأن الولي المحرم لا يعذر بجهله لتقصيره.

(٣) في ز: النفقة المعلقة.

(٤) قال في المهمات: محله إذا لم يكن الحادث أفحش كما إذا كان في اليد فحدث في الوجه فإن الشافعي نص على ثبوت الخيار كما نقله في الحاوي وقال: إن محل الخلاف فيما عداه كما إذا

بِمَا يَحْدُثُ منه ويتولَّد، وفيه وجه آخَرُ. وَحَكَى الْحَنَّاطِيُّ وجهَيْن: في أنه إذَا فُسِخَ النِّكاحُ بِالْعَيْبِ، ثُمَّ بَانَ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ عَيْبٌ، هَلْ يُحْكَمُ بِبُطْلاَنِ الْفَسْخِ وَاسْتِمْرَارِ النِّكَاحِ[1]؟ ولو قال: عَلِمْتُ عَيْبَ صاحبي، ولكني لم أعلم أَنَّ الْعَيْبَ يُثْبِتُ الْخِيَارِ، ففيه طَرِيقان:

أشبههما: أَنَّهُ على القولَيْنِ في نظيره من خِيَارِ العِتْق، وسنذكرهما.

والثَّانِي: القطْعُ بأنَّهُ لا يُعْذَرُ، والفَرْقُ أن الخِيَار بالعَيْبِ مشهورٌ في جنْسِ العُقُود، وخيار العتْق بخِلاَفِهِ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (السَّبَبُ الثَّانِي: **الغُرُورُ) ومَهْمَا شُرِطَ فِي العَقْدِ إِسْلاَمُهَا أَوْ نَسَبُهَا أَوْ حُرِّيَّتُهَا أَوْ نَسَبُهُ أَوْ حُرِّيَّتُهُ فَاخْتَلَفَ الشَّرْطُ فَفِي صِحَّةِ العَقْدِ قَوْلاَنِ، وَإِنْ صَحَّحْنَا فَفِي خِيَارِ الخُلْفِ قَوْلاَنِ**.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: السبب الثاني من أسباب الخيار الغرور بالاشتراط، فإذا شُرِطَ في العقد إسلامُ المنكوحة، فَبَانَ أَنَّهَا ذِمِّيَّةٌ، أو شُرِطَ نسبٌ، أو حريَّةٌ في أَحَدِ الزوجَيْن، فَبَانَ خِلاَفُ الْمَشْرُوطِ، فَفِي صِحَّةِ النِّكَاحِ قَوْلاَنِ:

أصحهما: وبه قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ واخْتَارَهُ الْمُزَنِيُّ: أنه صَحِيحٌ؛ لأَنَّ الْخُلف في الشَّرْطِ لا يُوجِبُ فسادَ البَيْع مع أنَّه عرضة للفَسَادِ بالشُّروط الفاسدة، فأولَى ألا يوجب فَسَاد النكاح؛ وهذا لأنَّ المعقود علَيْه فيهما جميعاً عينٌ معينةٌ، وأنَّها لا تتبدَّل بالخُلِف في الصِّفَة.

والثاني: المنع، لأن النِّكَاحَ يعتمد الصفاتِ والأسماءَ دُون التَّعِيين والمُشَاهَدَةِ، فيكون اختلاف الصفة فيه كاختلافِ العَيْن، ولو اختلفَ العَيْنُ بِأَنْ قَالَتْ زَوِّجْنِي مِنْ زَيْدٍ، فزوَّجها مِنْ عَمْرٍو، لم يَصِحَّ النِّكَاحُ، وكذلك ههنا، وقرب بعضهم القَوْلين من الخلاف، فيما إذَا قال: بعتك هذه الرَّمَكَةَ، والإِشَارَةُ إلى بَقَرَةٍ، قال الإمام: وتلك الصورة بعيدةٌ عن المسألة الَّتي نحْنُ فيها؛ لأن الرَّمَكَةَ لَفْظٌ مَوْضُوعٌ لموصوفٍ بصفاتِهِ، لَيْسَ تعرّضاً لمجرَّد الصفة، والقولانِ فيمَا إذَا شَرَطَتْ حريته، فَبَانَ عَبْداً، مفروضانِ فيما إذا كان السيِّدُ قد أَذِنَ لَهُ في النِّكَاحِ، وإلاَّ، لَمْ يَصِحَّ النِّكَاحُ لِعَدَمِ الإِذْنِ، وفِيمَا إذَا شَرَطَ حُرِّيَّتَهَا، فَخَرَجَت أَمَةً، مفروضانِ فِيمَا إذَا كَانَ السَّيِّدُ قَدْ أَذِنَ فِي نِكَاحِهَا، وكان الزَّوْجُ

= كان في أحد اليدين فانتقل إلى الأخرى.

وقال الشيخ البلقيني: جزم في البيان فيما إذا كان في يد فانتقل لأخرى بثبوت الخيار وهو ظاهر.

(١) قال النووي: الصحيح بطلان الفسخ لأنه بغير حق.

مِمَّنْ يَحِلُّ له نِكَاحُ الإماء، فَإِنْ فَقَدَ أَحَدَ هَذَيْنِ الشَّرْطَيْنِ، لَمْ يَصِحَّ النِّكَاحُ بِلاَ خِلاَفٍ، ويجْرِي القولان في كُلِّ وَصْفِ شرط، ثم تبيَّن خلافه، سواءٌ كان المشروط صفةَ كمالٍ؛ كَالْجَمَالِ وَالْيَسَارِ وَالشَّبَابِ وَالْبَكَارَةِ، أو صفةَ نقصٍ، كأضدادِها، أو كان ممَّا لا يتعلَّق به كمالٌ ونقصانٌ، هذ هو الظَّاهِرِ، وفي «شَرْحِ مُخْتَصَرِ الْجُوَيْنِيِّ» أنَّهُمَا لا يجريان في جميع الصفات، وإنَّما هو في النسب والحرية، وما يُؤثِّر في الكفاءة.

التَّفْرِيعُ: إذا قُلْنَا ببطلان النكاح، وفرَّقْنا بينهما، فَلاَ شَيْءَ على الزوْج، إذَا لَمْ يَجْرِ دخولٌ، وإنْ جَرَى، فَلاَ حَدَّ؛ لِشُبْهَةِ اختلاف العلماء، وعليه مَهْرُ المِثْلِ، ولا سُكْنَى لها، ولا نفقة في العدَّةِ، إن كانتْ حائلاً، وإنْ كانتْ حاملاً، فعلى القولَيْنِ في أن النفقة للحَملِ أو للحَامِلِ، إن جعلْنَا هَذَا للحَمْلِ وَجَبَتْ، وَإِلاَّ، فَلاَ، وَإِنْ حَكَمْنَا بِصِحَّةِ النِّكَاحِ، فإن بَانَ الْمَوْصُوفُ خَيْراً مِمَّا شَرَطَ فِيهِ، فَلاَ خِيَارَ، وَهَذَا كَمَا لو شرط أنها كتابيَّةٌ، فَبَانَتْ مسلمةً، أو أمةً، فَبَانَتْ حُرَّةً أو ثَيِّباً، فَبَانَتْ بِكْراً، وإن بَانَ دَوْنَ الْمَشْرُوطِ، فَقَدْ أَطْلَقَ صَاحِبُ الْكِتَابِ قولَيْن في ثُبُوتِ خِيَارِ الخُلف، ووجَّه في «الْوَسِيطِ» قولَ الثبوتِ بالقياس على البيع.

والقولَ الآخر، بِأَنَّ النِّكَاحَ بعيدٌ عن قبول الخيار، ولذلك لا يثْبُتُ فيه خيار الشرط، و [لا] خيار الرؤية، وسائر الأصحاب لم يطْلِقوا القولَيْن هكذا، وفصَّلوا، فقالوا: إذا شرط في الزوْج نسبٌ شريفٌ، فبان خلافُهُ [نُظِرَ][1] ولو إنْ كان نَسَبُه دون نَسَبِها، فَلَهَا الْخِيَارُ، وَإِنْ رَضِيَتْ هي، فلأوليائِهَا الخيارُ؛ لفَوَاتِ الكفاءة، وإنْ كان نَسَبُهُ مثْلَ نَسَبِهَا، أو فَوْقَه إلاَّ أنَّهُ دونَ المَشْرُوطِ، ففيه قولان:

أصحُهما: على ما ذكر في «التَّهْذِيبِ» أنَّهُ لاَ خِيَارَ لَهَا؛ لأنها لا تتعيَّر به.

والثاني: يثبت؛ للتغرير، وَطَمَعِهَا في زيادة شرفه، وعن القاضي أبي حَامِدٍ طَرِيقَةٌ قَاطِعَةٌ: بأنَّه لا خيار لها، ولا خيارَ للأولياءِ؛ لأن الكفاءَةَ حاصلةٌ، والشرْطُ لا يؤثر في حقِّهم، وإن شُرِطَ في الزوجة نَسَبٌ، وبَانَ خلافُه، فطريقان.

أظهرهما: إثبات الْخِيَارَ لَهُ، على ما ذكرنا في جانب الزَّوْجة، حَتَّى يكُونَ له الْخِيَارُ، إِذَا كان نَسَبُها دون نَسَبِهِ، ويجيءُ فيه القَوْلاَنِ فِيمَا إِذَا كَانَ نَسَبُهَا مِثْلَ نَسَبِهِ أو فَوْقَهُ.

والثَّاني: وهو اختيار الرُّويَانِيِّ: أنه لا خِيارَ للزَّوْج، ووجَّهوه بمعنَيَيْنِ:

أحدهما: أنَّ الزوج متمكِّنٌ من تخليصِ نَفْسه بالطَّلاق، وإنَّما يثبُتُ الخيارُ في النِّكَاحِ عند الضَّرُورة.

---

(١) في ز: ولو.

والثَّاني: أنه لا يتضرَّر ولا يتعيَّر بدَناءة نسب الزوجة، بخلاف [العكس][1] وإذا شرطت حريَّة الزَّوْج، فخَرَجَ الزوج عبداً، فإنْ كانتِ الزوجةُ حُرَّةً، فلَهَا الخيارُ، وكذلك لوليِّها؛ لعَدَمِ الكفاءة، وإن كانت أمةً، فوجهان:

أحدهما: ثبوتُ الخيارِ للغرور.

والثَّاني: المَنْعُ؛ لأنَّهما متكافِئان، ولا، عار وحكَى الْقَاضِي ابنُ كَجٍّ عَنْ أَبِي إِسْحَاقَ، وَالْقَاضِي أَبِي حَامِدٍ طَرِيقَةً أُخْرَى قَاطِعَةً بثبوتِ الخِيَارِ.

ثُمَّ ذَكَرَ الإِمَامُ وَالْمُتَوَلِّي: أنَّ الخِيَارَ، إن ثَبَتَ، فإنَّما يثبت للسيِّد دون الأمة، فإنَّ له أن يجْبُرَها على أن تَنْكِحَ عبداً؛ بخِلاَف ما إذَا ظهر بالزَّوْج عيب يكون لها الخِيَار؛ لأنه لَيْسَ للسيِّد إجبارُها علَى نكاح من به أَحَدُ العيوب المثبِتَةِ للخيار، وإن شَرَطَ حريَّةَ الزَّوجة، فخرجت أَمَةً هَلْ يَثْبُتُ الْخِيَارُ لِلزَّوج ترتب ذلك على التغرير بالنسب، إن أثبتنا الخيار هناك، فكذلك ههنا، وإلاَّ وجهان، إن عَلَّلْنا بالتمكين من الطَّلاَقِ، فكذلك ههنا، وإن علَّلنا بأنه لاَ عارَ، ولا ضرَرَ، فههنا، يتضرر برِقِ، الأولاد، وبنُقْصَانِ الاستمتاع؛ لأن السَّيِّد يستخدِمُها، هذا إذا كان الزَّوْج حُرّاً فإن كان عبداً وقلْنا بثبوت الخيار للحرِّ، فقولان:

قَالَ فِي «التَّهذِيبِ»:

أَصَحُّهُمَا: أنَّه لا خيار له لتكافُئِهما.

وإن كان المشروطُ صفة أخرَى، فَإِنْ شُرِطَتْ في الزوْج، فَبَانَ خِلاَفُهُ، والموجودُ دون المَشْرُوط، فلها الخيارُ، وإن شُرِطَتْ فِي الزَّوْجَةِ، فَفِي ثُبُوتِ الخيار للزوْجِ قولان: لتمكُّنه من الطَّلاَقِ[2]، ذكره في «التَّتِمَّةِ».

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَلَوْ ظَنَّتْهُ كُفئاً فَإِذَا هُوَ غَيْرُ كُفْءٍ فَلاَ خِيَارَ، وَلَوْ ظَنَّهَا مُسْلِمَةً فَإِذَا هِيَ كِتَابِيَّةٌ فَلَهُ الخِيَارُ، فَلَوْ ظَنَّهَا حُرَّةً فَإِذَا هِيَ رَقِيقَةٌ فَلاَ خِيَارَ، وَقِيلَ: فِيهِمَا قَوْلاَنِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ مَأْخَذُهُمَا أَنَّ الكُفْرَ وَالرِّقَّ هَلْ يَلْتَحِق بِالعُيُوبِ الخَمْسَةِ؟ وَقِيلَ: بَلْ مَأْخَذُهُمَا أَنَّ الغُرُورَ بِالْفِعْلِ، هَلْ هُوَ كَالغُرُورِ بِالقَوْلِ؟، وَقِيلَ: إِنَّ الكِتَابِيَّةَ لاَ تَلْتَبِسُ بِالمُسْلِمَةِ إِلاَّ بِقَصْدٍ فَهُوَ تَغْرِيرٌ بِخِلاَفِ الأَمَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه مسأَلَتَانِ:

الأولَى: إذَا ظَنَّتْ أنَّ زيداً كُفْء لها، فأذِنَتْ في تزويجها منه، ثم بَانَ أنَّه ليس

---

(١) في ز: العليين.

(٢) قال النووي: الأظهر ثبوته والله أعلم ٥/ ٥١٩.

بِكُفْءٍ لها فَلاَ خيار لها؛ لأنه لم يُجْرَ شرط، والتقصير بينهما ومن الوليّ، حيث لو بحثنا، وليس هذا كظنّ السَّلاَمَةِ عن العُيُوب؛ لأن الظَّنّ هناك يَنْبني علَى أنَّ الغالِبَ السلامةُ، وهنا لا يمكن أن يقالَ: إنَّ الغالِبَ كفاءةُ الخاطِبِ هَكَذَا أَطْلَقَ الْمَسْأَلَةَ صَاحِبُ «الكتاب» وينبغي أن يُفَصَّل، فيقال: إن كان فواتُ الكفاءةِ [الدناءة][1] نَسبَه أو حِرْفَتِهِ أَوْ لَفِسْقه، فالجواب: ما ذكرنا، وإن كان فَوْتُهَا لعيْبٍ، ثبت الخيار، وإن كَانَ فواتُهَا لِرقِّهِ، فليكن الحكمُ كما سنذكر على الأثر فيما إذا نَكَحَ امْرأةً على ظَنِّ أنَّهَا حُرَّةٌ، فإذا هي رقيقةٌ، بل كانت المرأة أولَى بإثبات الخيارِ من جانب[2] الرَّجُلِ.

الثانية: نكح امرأةً عَلى ظَنِّ أنَّهَا حُرَّةٌ، فخرجَتْ أَمَةً، وهو مِمَّنْ يحلُّ له نكاح الإماء، فالنَّصُّ أنه لا خِيَارَ[3]، ولو نكح امرأةً علَى ظَنِّ أَنَّهَا مُسْلِمَة، فخرجت كتابيةً، فالنَّصُّ أنَّ لَهُ الخيار، وللأصحاب طريقان، منهم من نَقَلَ وخَرَّج، وجَعَلَ الصورتَيْن على قَوْلَيْن:

أَحَدُهُمَا: أنه يثبُتُ الخيارُ، لأنَّ الظاهِرَ في دَارِ ألإِسْلاَمِ الإِسْلاَمُ وَالْحُرِّيَّةُ، فصار ذَلِكَ بمثابة المَشْرُوط.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ لاَ خِيَارَ فِي وَاحِدَةٍ مَن الصورتَيْنِ لِبُعْدِ النِّكَاحِ عَنِ الْخِيَارِ، وضَعْفِ تأثيرِ الظَّنِّ، ولهَذَا لَوِ اشْتَرى عبداً عَلَى ظَنِّ أنه كاتبٌ، فلم يكنْ، فلا خيار له، وذكروا للقولين وراء هذا مأخذَيْن:

أَحَدُهُمَا: أنَّ الكفْرَ والرِّقَّ هَلْ يلتحقان بالعُيُوب الخمسة أم لاَ؟.

وَجهُ الالْتِحَاقِ أنَّ الْكُفْرَ يوجب النُّفْرة عن الاستمتاع، كما أنَّ الْبَرَصَ والجُذَامَ يورِثَانِهِمَا، والرق يتعدَّى إلى الولَدِ تخفيفاً كما أن الْبَرَصَ والجُذَامَ يُخَاف منهما التعدِّي.

والثاني: أنَّ هذا الظَّنَّ يَنْشأ غَالِباً من فعْلٍ وَإِبْهَامٍ صَادِرٍ من الوليِّ، أو من الزوْجَة، وإن لم يجر شَرْطٌ، فَهَلْ ينزل [التغرير بالفعل][4] التغْرِير بالقول والاشتراط، وَجْهُ تنزِيلِهِ منزِلَتِه حصولُ التلبيس به ولهذا يثبت الخيارُ بالتصْرِيَةِ، كما يثبت بالخُلْفِ في الشَّرْطِ.

---

(١) في ز: لزيادة.

(٢) قال النووي: هذا الذي ذكره الغزالي ضعيف، وفي فتاوى صاحب «الشامل» لو تزوجت حرة برجل نكاحاً مطلقاً، فبان عبداً، فلها الخيار. وذكر غيره نحو هذا، والمختار ثبوت الخيار بالجميع، وقد أنكروا على الغزالي هذه المسألة. وقد ذكر الرافعي بعد هذا قبيل ذكر كتاب الصداق عن «فتاوى» القاضي حسين، أنها لو أذنت في تزويجها برجل ولم تعلم فسقه، فبان فاسقاً، صح النكاح لوجود الإشارة إلى عينه. قال البغوي: لكن لها حق الفسخ كما لو أذنت في تزويجها رجلاً ثم وجدته معيباً، وعجب من الإمام الرافعي كيف قال هنا ما قال مع نقله هذا عن البغوي.

(٣) في أ: تقديم وتأخير.

(٤) في ز: التصوير.

والطَّرِيقُ الثَّانِي: تقرير [النصيين][(١)] والفرق من وجهين:

أَشْهَرُهُمَا: وهو المذكور في الكتاب: أنَّ وليّ الْكَافِرَةِ يكُونُ كافراً، وللكافرِيْنَ علاماتٌ يتميَّزُونَ بها من الغيار وغيره، فخفاء الحالِ عَلَى الزَّوْج إنَّمَا يكون بتدليس الوليِّ وتغريرِه، ووليُّ الرقيقةِ لا يتَميَّز عن وَلي[(٢)] الحُرَّة، فَلاَ تَغْرِيرَ، بل الزَّوْجُ هو المصر، حيْثُ لم يبْحَثْ عن الحال، وذكر في «الْوَسِيطِ» أنَّ ما جَرَى في صورة خُروجِهَا كتابيةً وإنْ أمْكَنَ أنْ يحْصُلَ بتَغْرِيرٍ، أثبتنا الخيار، فلو نَكَحَها وظَنَّ بكارتها، فإذَا هي ثَيِّبٌ، لم يبعد إثباتُ الخيار؛ لأن النفرة ههنا أعظم، هذا لفظه، لكن تغيير الهيئة هناك أورث ظنَّ الإِسلام، ولم [يوجد][(٣)] ههنا ما يُورِثُ ظنَّ البكارة، نعم، قد يحْصُلُ السكوتُ عن بيان حالِهَا تصويراً، كما سموا السُّكُوتَ عن بيان العَيْبِ تغريراً.

والوجه الثاني: أنَّ الْكُفْرَ مُنَفِّرٌ للمُسْلِم، فألْحق بالعُيُوب، والرِّق لا ينفر، ولا يمنع من الاستمتاع، فذلك أفترقا في إثْبَاتِ الخيار، والأشبه طريقةُ القولَيْن، والأصحُّ على ما ذكره صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» وغيره؛ أنَّه لا خيار.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَكُلُّ تَغْرِيرٍ سَابِقٍ عَلَى العَقْدِ فَلاَ يُؤَثِّرُ (و) فِي صِحَّةِ العَقْدِ، لَكِنْ يُؤَثِّرُ فِي الرُّجُوعِ بِالمَهْرِ إِذَا قَضَيْنَا بِالرُّجُوعِ عَلَى الغَارِّ فِي قَوْلٍ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الخُلْفُ في الشرط، إذا قلْنا: إنَّه لا يُفْسِدُ العقد، ويُثْبِتُ الخِيَارِ، فمَنْ له الخيارُ وإن أجاز العَقْد، كان للزوْجَةِ المهْرُ المسمَّى، وإن فسخ، نُظِر، إن كان قبل الدخول، لم يجِبْ نصف المَهْر، ولا المُتْعة، وإنْ كان بَعْدَ الدُّخول، ففي المهْرِ الواجِب قولان، كما في خيار العيب:

أظهرهما: وهو المنصوص: أنَّ الواجِبَ مهْرُ المثل.

والثاني: وهو مخرَّج: أن الواجِبَ المسمَّى، ونقل أَبُو الْفَرَجِ فِي «أَمَالِيهِ» وَجْهاً: أنَّ الْوَاجِبَ أَقَلُّ الأَمرَيْنِ من المسمَّى أو مهر المثل؛ لأنَّه إن كَانَ المسمَّى أَقَلَّ فَقَدْ رضِيَتْ به في العَقْد، وإنْ كان مَهْرُ المِثْلِ أقلّ، فلا مَزِيدَ عليه؛ لأن المعوَّض، لم يُسلَّم للزوج، فلا يسلَّم لها العوض الملتزم، وهل يرجع الزوْجُ، إذا غُرِّمَ المَهْرُ علَى من غرَّهُ؟ فيه التفصيل والخلاف المثبتان في خيار العيب، والحُكْمُ في الكسْوة والنَّفَقة في مدة العدة على ما تقدَّم، إذا تقرَّر ذَلِك قَالَ الأَصْحَابُ: التغريرُ المؤثِّر هُوَ الَّذِي يكُونُ مقروناً بالعقد على سَبِيلِ الاشْتِرَاطُ أما إذَا كَانَ سَابِقاً عليه، فَلاَ أعتبارَ به، وفيه وَجْهٌ أنَّ السَّابِقَ

---

(١) في ز: النص. (٢) في ز: يؤخذ.

(٣) كقوله: زوجتك هذه البكر أو هذه المسلمة أو الحرة.

أيضاً يؤثّر علَى ما ذكرنا في نكاح المحلِّل، وَهَذَا الخلافُ في تأثيره في فسادِ العَقْد، وفي إثبات الخِيَار، فأمَّا في الرُّجُوع بالمهر، إذا قضينا بالرجوع على الغَارّ [فالتغرير][١] السابق كالمقارن هكذا نقل صَاحِبُ الْكِتَابِ وَحَقَّقَهُ ألإِمَامُ فَقَالَ: لاَ يُشْتَرَطُ في تصوير التَّغْرِيرِ دُخُولُ الشَّرْطِ بَيْنَ الإِيجَابِ والقَبُول، ولا صُدُورُهُ مِن العَاقِد؛ ألاَ تَرَى أنَّنا نضمَنَ [الكتابية][٢] والأمة إذا كان التغرير منهما، وليْسَا بعاقِدين، ولكن يُشْتَرط إتصاله بالعَقْد، فلو قال: فلانةٌ حُرَّةٌ في معْرِض الترغيب في النِّكَاحِ، ثُمَّ تزوَّجها على الاتصال إما بالوكالة أو بالولاَيَةِ، فهذا تغريرٌ ولم يقصد بما قاله تحريض السامع، واتَّفَقَ بعد أيَّام أنَّهُ زوّجها من سمع كلامه، فلَيْسَ مَا جَرَى بتغرير، وإن ذَكَرَهُ لا في مَعْرِض التحريض، وجرى العَقْدُ على الاتصال، أو ذكره في مَعْرِضِ التَّحْرِيضِ، ولكن جَرَى الْعَقْدُ بَعْدَ زَمَانٍ فَاصِلٍ، ففي كونه تَغْرِيراً تردُّدٌ، ويشبه ألاَّ يعتبر الاتصالُ بالعَقْدِ عَلَى ما يقتضيه إطلاقُ صَاحِبِ «الْكِتَابِ» وكان سببُ الفَرْقِ بين التأثير في الفساد أو في إثبات الخيار، وبين التَّأْثِيرِ فِي الرُّجُوعِ أَنَّ تعلُّق الضَّمَانِ بالتَّغْرِيرِ أَوْسَعُ باباً؛ وَلِذَلِكَ ثَبَتَ الرُّجُوعُ علَى قولنا بمجرَّد السكوت عن عيب المنكوحة، إذا قدّم [الطعام إلى المالك، فأكله، وَجَبَ الضَّمَانُ عَلَى الْمُقدِّم][٣] في قول واللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (فَرْعٌ) إِذَا غُرَّ بِحُرِّيَّةِ أَمَةٍ فَوَلَدَتْ انْعَقَدَ الوَلَدُ حُرّاً وَعَلَى الْمَغْرُورِ قِيمَتُهُ لِلسَّيِّدِ إِذْ فَاتَ رِقُّهُ بِظَنِّهِ سَوَاءٌ كَانَ الزَّوْجُ حُرّاً أَوْ عَبْداً وَيَرْجِعُ به (و) عَلَى الغَارِّ قَوْلاً وَاحِداً، وَإِنَّمَا يَرْجِعُ إِذَا غَرِمَ، وَإِنْ كَانَ المَغْرُورُ عَبْداً تَعَلَّقَ القِيمَةُ بِرَقَبَتِهِ فِي قَوْلٍ، وَبِذِمَّتِهِ فِي قَوْلٍ، وَبِكَسْبِهِ فِي قَوْلٍ، وَالمُسَمَّى مِنَ المَهْرِ إِذَا لَزِمَ تَعَلَّقَ بِكَسْبِهِ، وَحَيْثُ لاَ يَلْزَمُ فَمَهْرُ المِثْلِ تَجْرِي الأَقْوَالُ الثَّلاَثَةُ فِي مُتَعَلَّقِهِ، وَإِنْ كَانَتِ الغَارَّةُ هِيَ الأَمَةَ تَعَلَّقَ عُهْدَةُ الزَّوْجِ بِذِمَّتِهَا (و)، وَالمُكَاتَبَةُ كَالأَمَةِ إِلاَّ أَنَّ لاَ مَهرَ لَهَا فَإِنَّهَا الغَارَّةُ المُسْتَحِقَّةُ وَالسَّيِّدُ لاَ يُتَصَوَّرُ مِنْهُ التَّغْرِيرُ لأَنَّهُ إِنْ قَالَ: إِنَّهَا حُرَّةٌ عَتَقَتْ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مقصودُ الفَرْع الكلامُ في ولَدِ المغْرُورِ بالحُرِّيَّة، فإذا غَرَّ الرَّجُلُ بحُرِّيَّةِ امرأة، فَبَانَتْ أَمَةً، وحكمنا بصحة النكاح[٤]، فأولادُه الحاصِلُون منها قبْلَ العِلْم بالحالِ، أحرارٌ؛ لظَنِّهِ الحرِّيَّة، كما لو وطىءَ أَمَةَ الغَيْرِ على ظَنِّ أنها أَمَتُهُ، أو زوجَتُه الحُرَّةُ، ولا فَرْقَ في ذلك بيْن أن يجيز العقْدَ أو يفْسَخ، إذا أثبتنا له الخيار، وكذلك لا فرق بين أن يكونَ الزَّوْج المغْرُورُ حُرّاً أو عَبْداً؛ لاستوائهما في الظَّنِّ، وعند أَبِي حَنِيْفَةَ إنْ كان الزوْجُ

---

(١) في ز: فالتصوير.
(٢) في ز: المكاتبة.
(٣) سقط في ز.
(٤) وهو الأظهر.

عبداً، فالأولادُ أرِقَّاءُ، وَٱحْتَجَّ ٱلأَصْحَابُ عَلَيْهِ بِأَنْ قَالُوا: مَنْ تَلِدُ لَهُ الْحُرَّةُ حُرّاً تَلِدُ لَهُ الرَّقِيقَةُ عِنْدَ الغرور حُرّاً كالْحُرِّ، ثُمَّ يجبُ على المَغْرُور قيمةُ الأولادِ لسَيِّد الأمة؛ لأن رِقَّ الأم يقتضي رِقَّ الولد، وإنَّما انْعَقَدُوا أَحْرَاراً بِظَنِّهِ، فكأنه فوَّت على السيد رِقَّهم.

وَحَكَى الحَنَّاطِيُّ قَوْلاً: أنه لا يجبُ قيمةُ الولدِ، والمغرورُ معذورٌ في ظَنِّ الحرِّيَّة، وعلى الأوَّلِ، وهو المذْهَبُ: إن كان المغرور حُرّاً، فالقيمةُ في ذمته مستقرةٌ مأخوذةٌ مِنْ مَالِهِ، وإن كَانَ عَبْداً، ففي [متعلَّق][1] القيمةِ ثلاثةُ أَقْوَالٍ، حَكَاهَا صَاحِبُ «الْكِتَابِ» وَٱبْنُ الصَّبَّاغِ وغيرهما:

أحدهما: أنه يتعلَّق برقبته؛ لأن ظَنَّهُ فوَّت الرقَّ، فَصَارَ كَمَا لَو أَتْلَفَ مَالاً.

والثاني: يتعلَّق بكسبه؛ لأنه غُرْمٌ لَزِمَ في النكاح، فَأَشْبَهَ المهْرَ والنفقةَ.

وأصحهما: وهو المذكور في «التَّهْذِيبِ» أَنَّها تتعلَّق بذمته؛ لأنه لا جنايةَ منْه، وإنَّما أوهم شيئاً، فتوهَّمه، والحرِّيَّة تثبتُ بحُكْم الشرْعِ، والقيمةُ لَيْسَتْ من قضايا النِّكَاحِ ولوازِمِه، حَتَّى يتعلَّقَ بالكَسْب بخلافِ المَهْر والنَّفَقةِ، وتُعْتبر قيمةُ الأولادِ يَوْمَ الولادة، فإنَّه أول حالاتِ إمكانِ التقْويم، وعن أَبِي حَنِيْفَةَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أَنَّهُ يُعتبر فيه يوم المرافعة إلى الحَاكِم، حَتَّى لو ماتُوا قَبْلَه، لم يجبْ شيْءٌ، وأما الأولادُ الحاصِلُون بعْد ظُهُور الحالِ، فهُمْ أرِقَّاءُ نعَمْ، لو كان الرجلُ عربياً، ففِي ٱسترقاقِ العَرَبِ خلافٌ يذكر في موضعه، والظاهر أَنَّهُ لا فرْقَ بين العربيِّ، وغيره، ثم في الفصل مَسَائِلُ:

المسألة الأولى[2]: في الرُّجُوعِ بالمَهْر المغروم على الغارِّ قولان، كما ذكرنا في الْفَسْخِ بالعَيْب، وأما قيمة ٱلأولادِ فيرجع الزَّوْج بها على الغارِّ قولاً واحداً؛ لأنه لم يدخلْ في العقْدِ على أن يَضْمَنَها؛ ولأنَّ المهر وجَب في مقابَلَةِ ما أَتْلَفَ من منْفَعَة البُضْع، وغرامة المُتْلَف تستقرُّ على المُتْلِف.

وعن ابنِ خَيْرَانَ وَابْنِ الْوَكِيلِ: أَنَّ في الْمَسْأَلَةِ قولاً آخَرَ: أنه لا يرجع بقيمة الأولاد، كما لا يرجع المهر في قول، وإذا قُلْنَا بالرجوع، فإنما يرجع، إذا غرم، كالضامن [وقد ذكرنا في الضامن][3] وجهاً أنَّ له أن يرجع قَبْلَ أن يغرم فيجيء مثله ههنا، والظاهرُ المنع، ويُبنى عليه أنَّ المغْرُور، إنْ كان عبداً، وعلَّقنا القيمة، بذمته فإنَّما يرْجع على الغارِّ بَعْدَ الْعِتْقِ؛ لأنه حينئذٍ يغرم، أمَّا إذا علَّقناها بِكَسْبه، أو برقبته، وغرم سَيِّدُهُ من كسبه، أو من رقبته، فيرجع في الْحَالِ، وللمَغْرُور مطالبةُ الغَارِّ [بتحصيله][4] علَى ما ذكرنا في الضَّمَانِ.

---

(١) في ز: منطلق.
(٢) في أ: إحداهما.
(٣) سقط في ز.
(٤) في ز: بتخليصه.

المسألة الثانية: إِذَا كَانَ المغرورُ عَبْداً، وَقَدْ دَخَلَ بالمنكوحة، فحيث يَجِبُ الْمُسَمَّى يتعلّق بكسبه؛ لأنه دَيْنٌ ثابتٌ في معاقدةٍ عَلَى ما يوجب إِذْن السَّيِّدِ، ولوجوب المسمَّى تقريران:

أحدهما: أن نقول: الخلف في الشرْطِ لا يُفْسِدُ العقد، ولاَ يثبت الخيارُ للعَبْد.

والثاني: أَنْ يثبت الخيار، ويجبر العَبْد.

[والثالث][1] أن يفسخ، ونقول بالقول المخرَّج، وهو وجوب المسمَّى، وحيث يجب مَهْرُ المِثْلِ، فيتعلّق برقبته بكسبه أو بذمَّته فيه ثَلاَثَةُ أَقْوَالٍ، ولوجُوب المَهْر تقديران:

أَحَدُهُمَا: أن يحكم بفساد العَقْد، والأقوالُ الثلاثةُ، والحالةُ هذه، مبنيةٌ على أنَّ إِذْن السَّيِّدِ في النكاح يتناولُ الصَّحيحَ والفاسدَ منه، أو يختصُ بالصحيح إنْ قلنا بالأول، فالمهر في كسبه، كما في النكاح الصحيح، وإِنْ قُلْنَا: يختص بالنِّكَاحِ الصَّحِيحِ، وَهُوَ الأَصَحُّ، فَهَذَا نكاح بغير إِذنُ السيِّد، جرىَ فيه دخولٌ، ومهر المِثْلِ فيَ مثل هذاَ النكاحِ يكونُ في ذمّة العبد، أو يتعلّق برقبته؟ فيه قولان:

أظهرهما: أوّلُهما.

التقدير الثاني: أن يحكم بصحَّةِ العَقْدِ، وثبوتِ الخِيَار، ووجوبِ مَهرِ المِثْلِ عند الفسخ، فإذا فسخ، ففي متعلّق مهرِ المثل الأَقْوال الثلاثةُ: لأنّا إِذَا أوجَبْنا مَهْرَ المِثْلِ أَلْحَقْنا النِّكَاح [المفسوخ بسبب مقارن للعقد بالنكاح][2] الفاسد، وكان الشَّيْخُ أبو مُحَمَّدٍ يُقَوِّي في هذا التصويرِ قَوْلَ التعليق بالكسب؛ لأنه مَهْرٌ واجبٌ في نكاحٍ صحيحٍ مأذونٍ فيه.

المسألة الثالثة: لا يُتصوَّر الغرور بالحرِّيَّة من السَّيِّدِ؛ لأنه إذا قال: هِيَ حُرَّةٌ وزوِّجها، أو قَالَ: زوَّجتها علَى أنها حُرَّةٌ عَتَقَتْ، وخرجَتَ الصورةُ عن أن يكون نكاحَ غُرُورٍ، وإنما يُتصوَّر ذلك من وكيل السَّيِّدِ في التزويج، أو مِنَ المنكوحَةِ نَفْسِها، أو منهما ولا عِبْرَةَ بقول من ليس بعاقد، ولا معقود[3] عليه.

---

(١) في ز: الثاني.
(٢) سقط في ز.
(٣) قال في المهمات: يتصور ذلك في مسائل:
منها: أن يكون اسمها حرة.
ومنها: أن يرهنها وهو معسر ثم يزوجها بإذن المرتهن ويشترط حريتها فلا تعتق كما لو صرح بإعتاقها ويجري ذلك فيما إذا كانت جانية.
ومنها: أن يريد بذلك العفة عن الزنا فلا يعتق لوجود الصارف عن معنى العتق إلى غيره.
قال في الخادم: فاته صور: إحداها.
إذا قلنا تزويج الأمة بالملك للمكاتب تزويج أمته بإذن السيد. فعلى هذا يتصور منه التغرير بالحرية ولا تعتق.

الصورة ألأولَى: إذا كان الغُرُورُ من الوكيلِ، رَجَع المغْرُور عليه بالقيمة إذَا غرمها، وبالمهر إذا أثبتنا الرجُوعَ بالمَهْر.

الصورةُ الثانيةُ: إذا كانَ الغُرُور من الأمةِ المَنْكُوحَة، كان الرجُوعُ عَلَيْها، ولكنْ لا يرجِعُ في الحال، بل يتعلّق الغُرْم بذمَّتها يُطَالِب به بعْدَ العِتْق.

قَالَ ألأَصْحَابُ: ولا يتعلّق بكسبها؛ لأن الحقوق المتعلِّقة بالكَسْبِ هي الَّتي يأذن السيد فيها، كدَيْن المعاملة والضَّمَان، ولا إذن ههنا، ولا يتعلّق برقبتها؛ لأن المتعلِّق بالرقبة بَدَلُ المتلفات، ولم يوجَدْ منها إتلافٌ، وإنَّما نُسِبَت إلى إثبات ظَنٍّ في نفس الزَّوْج، واندفع الرِّقُّ بظنه على موجب المعاقَدَة، لا على سبيل الإتْلاَف، هَذَا هو المَشْهُور، وحكى المُوفَّق بنُ طَاهِرٍ وَجْهاً غَرِيباً: أنَّ حَقَّ الرُّجُوع يتعلّق برقبتها؛ لأنَّا نزلنا اندفاع الرِّقِّ بظنه منزلة تفويته، حَتَّى غرّمناه، وكانت هي متسبِّبَةً إلى التفويت، وفي الصورتَيْن يكون الرجُوع بكمال المهر؛ لأن المَهْر للسَّيِّد، وقد أَخَذَهُ، وخرَج الوطء عن صورة الإِبَاحة.

الصورة الثالثة: إذا غُرَّا جَمَيعاً، فالرُّجُوع عليهما، وفي كيفيَّته وجهان:

أقربهما: وَبِهِ قَالَ أَبُو إِسْحَاق أنه يرجع بالنصف على الوكيل في الحال، وبالنِّصف عليها بعد العِتْقِ.

والثاني: له أن يرجع بالكلِّ على من شاء منهما على الوكيل في الحَالِ، وعليها بعد العِتْق، ثم إذا رَجَعَ هَكَذَا، قَالَ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» يرجع المأخوذُ منه بالنِّصْف على الآخر، وقَالَ الحَنَّاطِيُّ وغيره؛ لا يرجع وَاحِدٌ مِنْهُمَا عَلَى الآخر؛ لأنَّ التغْرِيرَ كاملٌ من كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَلَو ذكرت للوكيل حرِّيتها، وذكر الوكيلُ للزَّوْج، فيرجع المغْرور عَلَى الْوَكِيلِ في الحَالِ، وَالْوَكِيلُ عليها بعْد العتق، وَإنْ ذكرتْ للوكيل حُرِّيَّتَهَا، ثم ذكَرَتْ للزَّوْج، فَالرُّجُوعُ عليها، وَإنْ ذَكَرَ الوكيلُ للزوج أيضاً، لأنَّها لما شَافَهَتِ الزَّوْج، خرَجَ الوكيل من الوَسَط، هكذا ذكره في «التَّهْذِيبِ» [وَاللَّهُ أَعْلَمُ] وعلى هذا فصُورةُ تَغريرِهِما ما إذا ذَكَرَا معاً، والله أعلم.

المسألة الرابعة: التي غُرَّ، [بحريتها][1] إنْ خرجتْ مدَبَّرةً، أو مكاتَبَةً، أو أمَّ ولدٍ،

= **الثانية**: لو كان مفلساً محجوراً وأذن له الغرماء.

الثالثة: لو كان سفيهاً وزوجها بإذن وليه.

الرابعة: إذا قال زوجتك ابنتي ولو ينوِ به العتق وظن الزوج حريتها بناءً على أن أباها حُر. ذكر هذه ابن أبي الدم.

الخامسة: تزويج المشتري قبل القبض إذا فرعنا على الضعيف أن العتق قبل القبض لا ينفذ.

(١) في ز: تحريمها.

أو معْتَقَةً أومعتقة بصفة، فالكلامُ في صِحَّةِ النِّكَاحِ، ثم في إثْبَاتِ الخيار كما سبق فيما إذا خرجت قِنَّةً، نَعَمْ، إذا خرجَتْ مكاتَبَةً، وفُسِخَ النكاحُ، فلا مَهْرَ لَهَا، إذا كان الغرورُ منها؛ لأن المهر للمكاتَبَةِ، فلا مَعْنَى [للغرم][1] لها، والاسترداد منها، وَهَلْ يَجِبُ لَهَا أقلُّ ما يصلح مَهْراً فيه الخلافُ المذكورُ في العُيُوبِ، والأولادُ الحاصِلُونَ قبل العلم بالحال أحرارٌ، وعلى المَغْرور قيمتُهُمْ، ولمن تكون القيمةُ؟ يبنى ذلك على أنَّ وَلَدَ المكاتَبَة قِنٌّ للسيد، أو مُكَاتَبٌ، تبعاً للأُمِّ، حَتَّى يَعْتِقَ بِعِتْقِها؟ فيه قولان، وإذا قُلْنَا مكاتَبٌ، فلو قتل فللقيمة للسيد، أو للمكاتَبَة تستعين بها في أداء النُّجُوم فيه[2] قولان، مَوْضِعُ بيانهما «كتاب الكتابة» وإنْ قُلْنَا: إنه قِنٌّ للسيد، أو قلْنا: إنَّ القيمةَ له، وإن تَكَاتَبَ، فالمغرور ههنا يغرم قيمة الأولاد للسيد، ويرجع بها على الوكيل، وعليها، وإن غرت، فتأخذ من كسبها، فإن لم يكن لها كَسْبٌ، فهو في ذمَّتها إِلَى أن تعتق.

وإنْ قُلْنَا: إنَّ القيمة لَهَا فَإِنَّ صدر الغرور منها، لم يغرم القيمة لها، كالمَهْر، وإنْ صَدَر مِنَ الوكيل، غرم لها، ورجَع على الوَكيل.

فَرْعٌ: إذا حَكَمْنَا ببُطْلانِ النِّكَاحِ للخُلْف في الشرط، فالرُّجُوع بالمَهْر، إذا غرم الزوج مَهْرَ الْمِثْلِ، لجريان الدخول، والرجُوع بالقيمة إذا أولدها، وغرم قيمة الولد؛ على ما ذكرنا تَفْرِيعاً على تصحيح النِّكَاحِ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَلَو انْفَصَلَ الوَلَدُ مَيِّتاً فَلاَ قِيمَةَ لَهُ، إلاَّ أَنْ يَكُونَ بِجِنَايَةِ جَانٍ فَيُغَرَّمُ عَاقِلَةُ الجَانِي الغِرَّةِ لِوَرَثَةِ الجَنِينِ، وَيُغَرَّمُ المَغْرُورُ عُشرَ قِيمَةِ الأمِّ للسَّيِّدِ فِي وَجْهٍ، وَفِي وَجْهٍ آخَرَ يُغَرَّم أَقَلَّ الأَمْرَينِ مِنْ عُشْرِ قِيمَةِ الأُمِّ أَوْ مَا سُلِّم لَهُ بِالوِرَاثَةِ مِنْ غِرَّةِ الجَنِينِ، لأَنَّهُ لَوْلاَ الغِرَّةُ لَمَا غُرِّمَ المَيِّتُ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ما ذكرنا من وجوبِ قيمةِ الولدِ مَوْضِعُه ما إذا انفصل الجَنِينُ، حَيّاً، فَأَمَّا إذا انْفَصَل مَيِّتاً، فيُنْظر؛ إن انفصل من غير جناية؛ لم يلزمه شيء؛ لأن حَيَاتَهُ غير متعينة، وحكَيْنا فيما إذا وطِىءَ الغاصب، أو المشتَرِي منه الجاريةَ المَغْصُوبَةَ عن جَهْلٍ بالتحريم وأحبلها، وانْفَصَلَ الولَدُ ميتاً وجهاً: أنه تجبُ قيمته، ولو كان حَيّاً؛ لأن الظَّاهِرَ الحياة، فَلْيَجْرِ ههنا، وإِنِ انْفَصَلَ ميتاً بجنايةِ جانٍ؛ بأن ضَرَبَ ضَارِبٌ بَطْنَهَا، فأجهضت، فتَصوَّر ذلك على وجوه:

أحدها: أن تَصْدُر الجنايةُ من أجنبيٍّ، فَيَجِبُ علَى عاقلته غرة الجنينِ؛ لانعقاده

---

(١) في ز: للغرر.

(٢) قال الشيخ البلقيني: الأظهر من القولين أن القيمة للسيد.

على الحرِّيَّة، وإذا انفصَلَ مضموناً، غرمه المغرور؛ لأنه يغرم له [فيغرمه][1] عليه، كما أن العبْدَ الجانِيَ، إذا قُتل، تعلَّق حَقُّ المجنيِّ عليه بقيمته، ولو مات، لم يكُنْ على السيد شيْءٌ، وفي كتاب القاضي ابْنِ كَجٍّ أنَّ أبَا إسْحَاقَ ذَكَر وجهاً آخر: أنَّه لا يُغَرِّمُهُ؛ لأنه لا قيمة للميِّت.

والظَّاهِرُ: الأول [وضمانه عشر قيمة الأم][2] فإن الجنينَ الرقيقَ يُضْمَن بهذا القَدْر، فإن كان قيمة الغرة مثْلَ عُشْر قيمة الأم، أو كانَتْ أكْثَرَ منه، فالمستحقُّ للسيد عُشْرُ القيمة، وإن كان العُشْرُ أكْثَرَ، فَوَجْهَانِ:

أظهرهما: عند الإمام، وهو اختيار القاضي حسين ونسبه صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» إلى الْعِرَاقِيِّينَ: أنه يستحقُّ العُشْر؛ لأنه لو انفصل رقيقاً، والحالةُ هذه، لَوَجَبَ على الجانِي عُشْرُ قيمة الأم، فإذَا فوَّت على السيد ذلك، فله غُرْمه، وهذا كما أنه يستحقُّ قيمته عند انفصاله حَيّاً، وإن زادَتْ عَلَىٰ قَدْرِ الدية.

والثَّانِي: أنَّه لَيْسَ له إلاَّ قدْرُ الغرَّة؛ لأن سبب غرامة الميت تقوُّمه، بالجناية، وَإنَّمَا تقوم بالغرة، فلا يرتد الواجِبُ عليها، ويُعَبَّرُ عن هذا بِأَنَّ المستحقَّ أقلُّ الأمرَيْنِ من الغرَّة وعشر قيمة الأم، وإلى هذَيْن الوجهَيْن يرجع ما حكاه أبو الفرج الزاز من ٱختلافِ الأصْحَابِ في محل الغُرْم المستحقِّ.

فمنهم من قال: إنَّه على المغرور، والغرَّة تُسلَّم لورثة الجنين، وهذا بناءً على أن السَّيِّدَ يستحقُّ العُشْرَ، بسبب ما فوَّته المغرورُ عليه بظنِّه، وعلى هَذَا لا يُتوقَّف تغريمه على حصول الغرَّة له.

ومنهم من قال: إنما لم يستحقَّه السيد بتعلُّق بالغرة فيأخذ منها حقَّه، فإن فضل شيء، كان لورثةِ الجَنِين، وهذا بناءً على أنَّ ما يستحقُّه يستحقُّه بسبب الغرة فيتمسك بها، كما أن العبَد الجانِيَ إذا قُتِلَ، يتعلَّق حقُّ المجنيِّ عليه بقيمته، وعلى هذا، لا يغرم المغرور، حَتَّى يَأْخُذَ الغرَّة، ويُنْظَر إِلَى ما يحْصُل له من الغِرَّة [فَإِنْ كَانَ يجوز ميراث الجنين، فَذَاكَ، وَإِلاَّ فيغرم أقلَّ الأمرين من حصته من الغرة] والعُشْر، ولا يُتصوَّر أَنْ يَرِثَ مَعَ ٱلأَبِ المَغْرُورِ إِلاَّ الجَدَّة أمّ الأم، ولا تَسْقُط بالأمِّ؛ لأنَّها رَقِيقَةٌ، والظاهرُ الوجْهُ الأول.

وقوله في الكتاب: [«فتغر][3] عاقلة الجاني الغرَّة لورثة الجنين» يوافقه، وقرَّب بعضهم الوجهين في أنَّ الواجِبَ عُشْرُ قيمة الأم، أو أقلُّ الأمرَيْنِ من القولَيْنِ في أنَّ

---

(١) في ز: يقوم.
(٢) سقط في ز.
(٣) سقط في ز.

السَّيِّدَ، إذا أراد فداء العبد الجانِي يفديه بألأَرْشِ بالغاً ما بَلَغ، أو بأقلِّ الأمرين واستبعد الإمام أَخْذَ ما نَحْنُ فيه من فداء العبد الجانِي؛ لأن ألأَرْشَ هناك متعلِّق بالعبد، والسيِّدُ يريد استيفاءه، فيتجه ألا يلزم أكثر من قيمته، فَإِنَّه سلَّمَه للبَيْع، لم يَحْصُل إلاَّ قَدْرُ ثمنه ظَاهِراً، وَالَّذِي يضمنه المغرور ههنا سَبَبُهُ التفويتُ، فيغرَّم قيمة المفوّت.

والثاني: أَنْ تصدر الجنايةُ من المغْرُور نفسه، فَعَلَى عاقلته الغرَّة، وَيَجِبُ عَلَى الْمَغْرُور عشْرُ قيمة الأم، إن أعتمدنا التفويتَ، وأوجبنا تمام العُشر، فإن زَادَ على الغرَّة، وتسلم الغرة للورثة، وإنْ قصَّرنا النَّظَر على الغرة، وأوْجبنا أقلَّ الأمرين، فيتعلَّق حَقُّ السَّيِّدِ بالغرَّة، فيؤدّي منْها، وما فَضُلَ يكون للورثة، وعلى التقديرَيْن لا يَرِثُ المغرور شيئاً منْها؛ لأنَّه قاتل، ولا يَحْجُبَ مَن بَعْدَهِ مِنَ العَصَبات، فإنْ كان المَغْرور عَبْداً، فالغرَّة تتعلَّق برقبته، ثُمَّ إِنْ نَظَرْنَا إلى الغرة، ولم نوجِبْ زيادةً عليها، فإذا حصلَتِ الغرَّةُ صُرِفَ إلى السَّيِّدِ منها عُشْرُ قيمة الأم، فإنْ فَضُل شيء، فهُوَ للورثة، وإن اعتمدنا التفويت، سلمت الغرَّةُ للورثة، وَحَقُّ السَّيِّدِ يتعلَّق بذمَّة المَغْرُور، [و] الثالث: أن تصدر الجناية مِنْ عَبْدِ المَغْرُورِ فإنِ اعتمدنا التفويت، فَحَقُّ سيِّدِ الأمة على المَغْرُور، ولا تتعلَّق الغرَّةُ برقبته، إن كان المغرورُ حائزاً لميراثِ الجَنِين؛ لأنَّه لا يستحِقُّ عَلَى عبده شيئاً، وَإِنِ اْجتَمَعَتْ جدةِ الجَنِينِ معَه تعلق نصيبها برقبته، وإنْ قَصَرْنا النَّظَر عَلَى الغرَّة، تعلَّقت الغرةُ برقبته، ليؤدّي منْها حقّ السيد، فإنْ فضل شيءٌ، فَعَلَى ما بَيَّنَا.

والرَّابعُ: أن تصْدُر الجنايةُ من سيد الأمة، فَعَلَى عاقلته الغرّة، ثُمَّ إن اعتمدنا التفويت، سلمت الغرة للورثة، وغرِّم المغرورُ للسيِّدِ عُشْرَ قيمةِ الأم.

قَالَ ألإِمَامُ ـ قَدَّسَ اللَّهُ رُوحَهُ ـ: ويجوز أن يُقَالَ: أنفصالُه بجناية السيِّد كانفصاله بلا جنايةٍ، فلا يغرَّم المغرور له شيئاً، وإنْ قصَرْنا النَّظَر على الغرة، فإذا حصَلَتْ، يُصْرَفُ منْها العُشر إلى السيِّد، فإن كان قد فضل شيْءٌ، فهو للورثة.

قال الإمام وإذا كانَتِ الغرَّةُ قدْر العشر أو أقلَّ وصرَفْنَاهَا إلى السيد، كان الحاصل إيجابَ مالٍ عَلَى عاقلة الجانِي للجانِي، وهو مستبْعَدٌ، واللَّهُ أَعْلَمُ قال.

فرعان:

الأول: حَكَى الْقَاضِي ابنُ كَجٍّ وغيره طَرِيقَيْنِ في خيار الغُرُور، هَلْ هُوَ على الفَوْر؟. **أشبههما**: نَعَمْ، كَخِيَارِ العَيْب.

والثَّانِي: أنه على الأقْوَال الَّتِي [سنذكرها][1] في خيار العِتْق، وفي «التَّهْذِيبِ» إنَّا

---

(١) في ز: ذكرناها.

إذا أثبتنا الفَسْخ ينفرد مَنْ له الخيارُ بالفَسْخ، ولا يُحْتَاج إلى الحاكِم، كفَسْخ البيع بالعيب ولكنْ هذا الخيارُ مختلفٌ، فيه فإنا نُبْطِلُ العقْدَ على رأي، وبتقديرِ الصحَّة، ففي الخيار اختلافٌ، فليكنْ كفسخ النّكَاحِ بالعَيْبِ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (السَّبَبُ الثَّالِثُ: الْعِتْقُ) وَإِذَا عَتِقَتْ تَحتَ عَبْدٍ فَلَهَا الخِيَارُ، وَإِنْ عَتِقَتْ تَحتَ حُرٍّ فَلاَ خِيَارَ (ح). وَإِنْ عَتَقَ نِصْفُهَا فَلاَ خِيَارَ (ز)، وَلَوْ عَتَقَتْ تَحتَ مَنْ نِصْفُهُ رَقِيقٌ فَلَهَا الخِيَارُ، وَلَوْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الفَسْخِ طَلاَقاً رَجْعِياً فَلَهَا الفَسْخُ لِيَنْقَطِعَ سُلْطَانُ الزَّوْجِ، وَإِنْ أَجَازَتْ لَمْ يَنفُذْ؛ لأَنَّهَا مُحَرَّمَةٌ، وَقِيلَ: يُخَرَّجُ عَلَى وَقْفِ العُقُودِ، فَإِنْ كَانَ الطَّلاَقُ بَائِناً بَطَلَ خِيَارُهَا، وَلَوْ عَتَقَ الزَّوْجُ وَتَحْتَهُ أَمَةٌ فَلاَ خِيَارَ لَهُ (و)، وَإِنْ فَسَخَتْ قَبْلَ المَسِيسِ، فَلاَ مَهرَ لَهَا، وَإِنْ فَسَخَتْ بَعْدَ المَسِيسِ فَلِسَّيِّدِ كَمَالُ المُسَمَّى قَوْلاً وَاحِداً، وَهَذَا الخِيَارُ أَيضاً عَلَى الفَوْرِ (ح)، وَفِي قَوْلٍ يَتَمَادَى إِلَى ثَلاَثَةِ أَيَّامٍ، وَفِي قَوْلٍ لاَ يَسْقُطُ (ح) إلاَّ بِإِسْقَاطٍ أَوْ تَمْكِينٍ (ح) مِنَ الوَطْءِ، فَلَوْ مَكَّنَتْ ثُمَّ ادَّعَتِ الجَهْلَ بِالْعِتْقِ لَمْ يَسْقُطْ خِيَارُهَا إِذَا حَلَفَتْ، وَلَوِ ادَّعَتِ الجَهْلَ بِأَنَّ الخِيَارَ عَلَى الفَوْرَ لَمْ تُعْذَرْ، وَلَوِ ادَّعَتِ الجَهْلَ بِثُبُوتِ أَصْلِ الْخِيَارِ فَتُعْذَرُ عَلَى قَوْلٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: من أسبابِ الخيار حدوثُ عتْقِ المنكوحة، فإذا عَتَقَتِ الأَمَةُ تحتَ عبْدٍ، ثَبَتَ لها الخيار، لِمَا رُوِيَ أن بَرِيرَةَ أُعْتِقَتْ فَخَيَّرَهَا رَسُولُ اللَّهِ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ[1] ـ وَكَانَ زَوْجُهَا عَلَىٰ مَا رُوِيَ عن عَائِشَةَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ـ وابْنِ عُمَرَ وَابْنِ عَبَّاسٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ـ عَبْداً[2].

---

(١) أخرجه النسائي وابن حبان والطحاوي وابن حزم، من حديث عائشة بهذا، قال الطحاوي: يحتمل أن يكون من كلام عروة، قلت: وقع التصريح بذلك في سنن النسائي، وقال ابن حزم: يحتمل أن يكون من كلام عائشة أو من دونها، والتخيير ثابت في الصحيحين رواه مسلم [١٥٠٤] من حديث عائشة أيضاً من طرق، وفي الطبقات لابن سعد عن عبد الوهاب بن عطاء عن داود بن أبي هند عن عامر الشعبي: أن النبي ﷺ قال لبريرة لما عتقت قد عتق بضعك معك، فاختاري، هذا مرسل، ووصله الدارقطني من طريق أبان بن صالح عن هشام عن أبيه عن عائشة.

(٢) قال الحافظ أما رواية عائشة فرواها مسلم من حديث عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عنها، وعنده وعند النسائي من طريق يزيد بن رومان عن عروة عنها: كان زوج بريرة عبداً، وقد اختلف فيه على عائشة، فروى الأسود بن يزيد عنها: أنه كان حراً، قال إبراهيم بن أبي طالب: خالف الأسود الناس، وقال البخاري [٥٢٨٣]: هو من قول الحكم، وقول ابن عباس، أنه كان عبداً أصح، وقال البيهقي [٧/ ٢٢٢]: روينا عن القاسم وعروة ومجاهد وعمرة كلهم، عن عائشة أنه كان عبداً، وروى شعبة عن عبد الرحمن بن القاسم أنه قال: ما أدري أحر أم عبد؟ ورواه البيهقي عن سماك عن عبد الرحمن بن القاسم فقال: كان عبداً، وكذا رواه أسامة بن زيد عن القاسم عن =

وإِنْ عَتَقَتْ تحتَ حُرٍّ، فَلاَ خِيَارَ لَهَا، وبه قَالَ أحْمَدُ ومَالِكٌ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ـ وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ: لَهَا الْخِيَارُ، دليلُنا أنَّ الكمالَ الحادِثَ لَهَا حاصلٌ للزَّوْج، فأشبه ما إذا أسلمتْ كتابيةٌ تحتَ مسْلِم، وليسَ كَمَا إذا أُعْتِقَتْ تحْتَ عبد؛ لأنها تتضرَّر هناك من حَيْثُ إن سيِّدَهُ يمْنَعُه عنها، ولا نفقة لولدها عليه، ولا ولايَةَ له علَى ولدها، ولا يَرِثُ منه، وههنا بخلافه، وإنما يثبت الخيار، إذا عُتَق كلُّها، فَأَمَّا إِذَا عتق بعضها، فَلاَ خيارَ لبَقَاءِ النَّقْصَان، أو أحكام الرِّقِّ خِلاَفاً لِلْمُزَنِيِّ فيما رَوَى الْموفق بنُ طَاهِرٍ.

ولو دُبِّرَتْ أو كُوتِبَتْ، أو عُلِّق عَتْقُها بصفةٍ، فكذلك لا خيار، ولو عَتَقَت تحت من بعْضُه رقيقٌ، أو تحتَ مكاتَبٍ، أو مدَبَّرٍ، ثبت لها الخيارُ؛ لوجود النقصان فيه، ولا فَرْقَ في ثبوت الخيار بَيْن أن تطرأ الحرِّيةُ، قِنَّةً وهي، أو تطْرأ، وهيَ مكاتَبَةٌ، أو مدَبَّرةٌ، ولو عَتَق الزوْج، وتحته أمةٌ ففيه وجه أو قول أنَّ لَهُ الْخِيَار، كما في الطَّرف الآخر، ولهذا يُسوِّى بينهما في خيارِ العَيْب، والظَّاهِرُ المنْعُ؛ لأن معتمدَ هَذا الخيار الخَبَرُ، وليستِ الصورةُ في معْنَى صورة النصِّ، لأنه لا يتعيَّر باستفراش النَّاقِصَة، ويمْكِنه التخلُّص بالطَّلاق، ولو عَتَقَا معاً، فلا خِيَارَ.

ويثبت خيار العِتْق للصَّبِيَّة والمجْنُونة عنْد الْبُلُوغ وَالإِفَاقَةِ، ولا يقوم الوليُّ مقامهما في الفسخ والإجازة؛ لأنه خيارُ شهوةٍ وطبعٍ، ولو عَتَقَ الزَّوْج قبل أن تفسخ العتيقةُ، فقولان:

أظهرهما[1]: وهو المنصوص في «الْمُخْتَصَرِ»: أنه يبطل خيارُها؛ لزوال الضَّرَر، والخلافُ في المسألة كالخلافِ في الرَّدِّ بعْد زوال العَيْب، وفي الأخْذِ بالشُّفْعَةِ بعْد بَيْع ما تستحقُّ به الشُّفْعَةُ، ثم فيه مَسَائِلُ.

المسألة الأولى: لو طلَّقها الزوج طلاقاً رجعياً، فعَتَقَت في العدة، فلها الفسْخُ؛ لتقطع سلْطنةَ الرَّجْعة، وتدفع تطويل الانتظار، لأنَّها لو أَخَّرَتِ الْفَسْخَ إِلَى أن يراجع

= عائشة، أن النبي ﷺ قال لها: إن شئت أن تثوي تحت العبد، قال المنذري: روي عن الأسود أنه قال: كان عبداً، فاختلف فيه عليه، مع أن بعضهم يقول قوله: كان حراً من قول إبراهيم، وقيل: من قول الحكم وأما رواية ابن عمر: فرواها الدارقطني والبيهقي من حديث نافع، عن ابن عمر قال: كان زوج بريرة عبداً، وفي إسناده ابن أبي ليلى، وقد رواه البيهقي من رواية نافع عن صفية بنت أبي عبيد، وإسناده أصح، وهو في النسائي أيضاً، وأما رواية ابن عباس: فرواها البخاري من رواية القاسم بن محمد عنه: أن زوج بريرة كان عبداً يقال له مغيث، كأني أنظر إليه يطوف خلفها يبكي، الحديث. ورواه أحمد وأبو داود [٢٢٣١ ـ ٢٢٣] والترمذي والطبراني، وفي رواية الترمذي: أن زوج بريرة كان عبداً أسود لبني المغيرة يوم أعتقت.

(١) قال الشيخ البلقيني: محل هذا فيما إذا علمت وأخرت الفسخ أما على قولنا على التراخي أو لعذر أما إذا لم يعلم بعتقها فقال الماوردي في الحاوي: الخيار باقٍ على الأقاويل كلها.

كانَتِ العدَّة من يومئذٍ، وفي «أمالي» أبي الفرج السَّرْخَسِيِّ وجهٌ عن صاحب «التَّقْرِيبِ» أن الفسْخَ موقوفٌ، إن راجعها، نَفَذَ، وَإِلاَّ، فَلاَ، وَإِذَا فسَخَتْ، فتستأنف عدةً أخرى، أم يكفي بقيَّةُ تلك العدة؟ فيه قولان، كما لو طلَّق الرجعيَّةَ، طلقةً أخرَى، وإذا قُلْنَا بالبناء، فتكمل عدَّةَ الحرائرِ، أم تَكْفِي عدة الإِمَاءِ؟ فيه خلافٌ وموضع بيان ذلك «كتاب العدة» ولو أخَّرت الفسخ، فلَهَا ذلك، ولا يبطُلُ خيارُها؛ لأنها بصدَدِ البينونة، وقد لا يراجِعُها، فَيَحْصُل الفراقُ من غير أن تُظْهِرَ من نَفْسِها الرغبةِ عنه، ولو أجازَتْ، لم تنفذ الإِجازة؛ لأنَّها محرمةٌ منتهيةٌ إلى البينونةِ، والإِجازةُ لا تلائمُ حالها.

قَالَ ألإِمَامُ: ولم يخرِّجوه على وقْف العقود؛ لأنَّ شرط الوقْفِ أن يَكُونَ موردُ العقْد قابلاً لمقصودِ العَقْدِ؛ ألاَ تَرَى أن بيع الخمر لا يوقَفُ إلى أن يتخلَّل، وهي على حالتها غَيْرُ مستحيلةٍ، وَحُكِيَ عَن الشَّيْخِ أبي مُحَمَّدٍ حكايةُ وجهٍ في نفوذ إجازتها وصاحب «الكتاب» نقله عن بعْضِهِم تخريجاً علىَ وقْفِ العقود، فإنْ راجعها، نفَذَت، وإلاَّ لَغَتْ.

ولو ثبت لَهَا خِيَارُ الْعِتْقِ، فطلَّقها قبل أن تفسخ، فإنْ كان الطلاقُ رَجْعِيّاً بقي حقّها في الفسخ، والحكم كَمَا إذا أُعْتِقَتْ في العدة، وإن كَانَ الطَّلاَقُ بَائِناً، فَعَنْ نَصِّهِ في «الأم»: أنه موقوف [إن فسخت][1] بَانَ أنَّ الطَّلاَقَ لم يَقَع، وإن لم تفسخ، بَانَ أن الطلاقَ وقع؛ لأن تنفيذه في الحالِ يُبْطِل حقًّا من الفسخ فليمتنع، وأيضاً، فإنَّه، إذا طلَّق في الردَّة يكون الطَّلاَقُ مَوْقُوفاً، فكذا ههنا، وَألأَصَحُّ المذكورُ في «الكتاب»، وهو المنقولُ عن نصِّه في «الإملاء»: أنَّه يقع الطلاقُ؛ لمصادفته للنكاح، وَيَبطُلُ الخيار، وليس كَالطَّلاَقِ في الرِّدَّة؛ لأن الانفساخَ بالرِّدَّة يَسْتَنِدُ إِلَى حالةِ الرِّدَّة، فتبيَّن أنَّ الطَّلاَقَ لَمْ يصادف النكاح، والفَسْخُ بالعتْق لا يستندُ إلَى ما قبله، ومنهم مَنْ لَمْ يُثْبِتِ الْقَوْلَ ألأَوَّلَ، ولو طَلَّقَ الزوْج المعِيبُ قبل فسْخِ الزوجة، ففي نفوذ الطَّلاَقِ أو وَقْفِه هذا الخلاف[2]، ويجوز إعلامُ قوله في «الكتاب» «وإن أجازت لم ينفذ» بالواو؛ للوجْه الذاهب إلى أن تنفيذها مطْلَقاً.

المسألة الثانية: إنْ فَسَخَتِ العتيقةُ النِّكَاحَ قبل الدخول، سَقَطَ الْمَهْرُ، وَلَيْسَ لِسَيِّدِهَا منْعُها من الفسخ؛ فإنه مشروع لدَفْعِ الضَررِ عن نفسها، وإن فَسَخَتْ بَعْدَ الدُّخُولِ، نُظِرَ؛ إن تقدَّم الدخولُ على العتْق، وجب المسمَّى، وإن تأخَّر عن العتق، وكانتْ هي جَاهِلَة بالحال، فيجب مهْرُ المثل أو المسمَّى جعله صاحب «التَّهْذِيبِ» على الخلاف المذكور فيما إذا حدَث العَيْبُ، ثم جرى الدُّخُول، ثم فُرِضَ الفسخ.

---

(١) سقط في ز.

(٢) قال الشيخ البلقيني: نقل في البيان عن الشيخ أبي حامد أنه لا خلاف في نفوذ طلاق المعيب.

وقال: ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ وُجُوبُ مَهْرِ المثل؛ لأن سبَب الفَسْخ قد يقدَّم على الدخول، فكأنه وُجِدَ يوْمَ العَقْد، وعلى هَذَا، جرى أئمَّتنا العراقيُّون، وربَّما اقتصروا عَلَى وجوب مهر المثل، ولم يذْكُروا فيه خلافاً، ورجَّح جماعة قولَ وجُوبِ المُسمَّى وزاد الإمام، وَصَاحِبُ «الْكِتَابِ» فقالا: «إذا جرى الفَسْخُ بَعْدَ الدخول يجب المسمَّى، ولا يجري فيه القولُ المنصوصُ في العُيُوب أنه يجِبُ مَهْر المثْل فيه» ووجَّهاه بأنَّ المهْر للسيد لاَ لها، وهو بالإعتاق محْسِنٌ إليها، فلا ينبغي أنْ يُرَدَّ إلى مهر المثل، وقد يعترض عليه الأولون، بأنَّ مهْرَ المِثْل قد يزيدُ علَى المسمَّى، وبتقدير أن يزيد المسمَّى، فلا يبعدُ أن يجب الردُّ إلى مَهْرِ المثْل قضية للفسخ، وإن لم يكن المهرُ لَهَا، كما يسْقُطُ جميعه، إذا فَسَخت قَبْل الدخول، وسواءٌ وَجَبَ مهْر المثل أو المسمَّى، فإنَّه للسيد، وكذا لو اختارَتِ المُقَامَ معه، وجرَى في العقد تسمية صحيحة أو فاسدة، فَالْمَهْر لِلسَّيِّدِ، لأنَّه وجَبَ بالعقْد، وإن كان السيد زوَّجَها على صور: التفويض، فإن دخل بها الزوْج، أو فرض لها قبل العِتْق، فهو للسيد أيضاً، وإن عتقت، ثم دخل بها، أو فرض لها فقولان: في أن الْمَهْرَ لها، أو للسيِّد؛ بناءً على أنَّ مَهْرَ المفوِّضة يَجِبُ بالعَقْد، أو بالفَرْض، أو بالدخول.

المسألة الثالثة: خيارُ العِتْقِ على الفَوْر في أظهر القولَيْن، كخيار العَيْبِ في البيع وغيره.

وَالثَّانِي: على التَّرَاخِي؛ لأنه رُوِيَ أن زَوْجَ بَرِيرَةَ كَانَ يَطُوفُ خَلْفَهَا، وَيَبْكِي؛ خَوْفاً: مِنْ أَنْ تُفَارِقَهُ، وَطَلَبَ مِنَ النَّبِيِّ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ أن يَشْفَعَ إِلَيْهَا، فَلَمْ تَقْبَلْ، وَفَارَقَتْهُ[1]، وَلَوْ كَانَ عَلَى الْفَوْرَ، لَبَطَلَ حَقُّهَا بِالتَّأْخِيرِ، واَسْتغنَى عن الشَّفاعة، وَعَلَى هَذَا فَقَوْلاَنِ:

أحدهما: أنه يمتدُّ ثلاثَةَ، أيام: لأنَّها قد تحتاجُ إلَى نَظر وَتَأمُّلٍ، لتَعْرِفَ المصلحةَ، ومدة الثَّلاَثِ قريبةٌ، وهي مدةُ التروِّي في الشَّرْع.

والثَّاني: تمتدُّ إلى أن تصرِّح [بإسقاطه][2] أو تُمَكِّنَ من الوطء طائعةً؛ لِمَا رُوِيَ أَنَّهُ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ قَالَ لِبَرِيرَةَ: «إِنْ كَانَ قَرِبَكِ، فَلاَ خِيَارَ لَكِ»[3] وعن حَفْصَةَ ـ

---

(١) أخرجه أحمد والبخاري وغيرهما من حديث ابن عباس وقد تقدم.

(٢) في ز: بانتقالها.

(٣) أخرجه أبو داود [٢٢٣٦] رواه الشافعي [١٦٠٩] عن عائشة بهذا، والبزار من وجه آخر عنها، قوله: وعن حفصة مثل ذلك، مالك في الموطإ رواه الشافعي شهاب عن عروة: أن مولاة لبني عدي يقال لها زبراء أخبرته أنها كانت تحت عبد، وهي أمة نوبية فعتقت، قالت: فأرسلت إلى حفصة زوج النبي ﷺ فدعتني، فقالت إني مخبرتك خبراً، ولا أحب أن تصنعي شيئاً، إن أمرك بيدك ما لم يمسك زوجك، قالت: فارقته.

رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ـ مِثْلُ ذَلِكَ، وقد يُترَكُ التنْزِيل، ويقال: في المسألة ثلاثةُ أقوالٍ، كما في «الكتاب» وفي «الشَّامِلِ»؛ أن بعض الأصحاب ذَهَبَ إلى أنَّ خِيَارَهَا مقدَّرٌ بالمجْلِس.

التفريع: إن قُلْنَا: إنَّه على الفَوْر، فالحُكْمُ على ما ذكَرْنا في الرَّدِّ بالعَيْب، وفي الشُّفعَة، وذكر الإمام ـ قَدَّسَ اللَّهُ رَوحَهُ ـ تفريعاً على القَوْل الثاني؛ أن ٱبتداء ٱلأَيَّام الثَّلاَثَةِ تُحسبُ من وقت تخييرها، وَذَلِكَ إذا علمت بالعِتْق، وبتأثيره في الخيار، ولاَ تُحسبُ من وقت العِتْق، وذكر تفريعاً على القول الثالث: أنَّها لو مَكَّنت، ولكن لم يُصِبْهَا الزوجُ لا يبطلْ حَقِهَا؛ لأن التمكين من الوطء لا يتحقَّق إلا عند حصول الوطء، وأنَّه لو أَصَابَهَا الزوج قَهْراً، ففي سقوط الخيار تردُّد؛ لأنها كانت متمكِّنة من الفَسْخ عند الوطء فإن كانَ قد قبض علَى فيهَا، فلا تردُّد في بقاء حَقِّهَا وحكى القاضِي ابنُ كَجٍّ تفريعاً علَى [هذا القول][1] وجهين فيما إذا قال: أصبتها، وأَنْكَرَتْ، في وجْه يُصدَّقُ الزوج؛ لأن الأصْلَ بقاء النِّكَاحِ، وفي وجْهٍ: تُصدَّق الزوجة؛ لأن الأَصْلَ عدَمُ الإِصابَةِ، وبقاءُ الخيار، ولو تمكَّنت منَ الفسخ، ولم تَفْسَخ وقلْنا بالقول الأوَّل؛ أو مضتْ ثَلاَثَةُ أَيَّام، ولم تفْسَخ، وقُلْنَا بِالْقَولِ الثَّانِي، أو مكَّنت من الوطء وقلْنا بالقول الثالث، ثم ادَّعَت الجَهْلَ بالعِتْق، فالقولُ قولُها مع يمينها، إن لم يُكَذِّبْها ظاهرُ الحال؛ بأن كان السيِّدُ غائباً وقْتَ العِتْق، وإن كذَّبها ظاهرُ الحال؛ بأن كانت معه في بيته، وبعُدَ خفاءِ العِتْق علَيْها، فالمصدَّق الزوج، ومنهم من أَطْلَقَ فِي الْمَسْأَلَةِ قولَيْن، ويحْكَى ذلك عن أبي إِسْحَاقَ، والظاهرُ الأول، وَإِنِ ادَّعَتِ الْجَهْلَ؛ بأن العتق يُثْبِتُ الخِيار، فقولان:

أحدهما: أنها لا تصدَّق ويبطل الخيار، كما إذا قَالَ الْمُشْتَرِي لم أعلم أنَّ العَيْبَ يُثْبِت الخيار.

وأصحُّهما: التصْدِيقُ؛ لأن الأصل عدَمُ العِلْم، ويخالف خيار العيب؛ لأنه مشهور يعرفه كلُّ أحد، وهذا خفيٌّ لا يعرفه إلا الخواصُّ.

وحكَى أبو الفرج الزاز طَرِيقةً قَاطِعَةً بالقول الأول، وهي بعيدةٌ وأما قوله في الكتاب: «ولو ادَّعَتِ الْجَهْلَ بَأَنِ الخيارَ عَلَى الفَوْرِ لم تُعْذَر»[2] فيجوز أن يُوجَّه بأن الغالِبَ أنَّ مَنْ علم أصْلَ ثبوت الخيار يَعْلَم كونه أيضاً على الفَوْر، وإذا علمتْ أن ههنا خياراً، بسبب النقصان أشبه أن تعرف التحاقه به، ولم أَرَ تعرُّضاً لهذه الصورة في سائِرِ كتب الأصحاب، نعم، صوَّرها العَبَّادِيُّ في «الرقم» وأجاب بأنَّها، إن كانت قديمة العهد

---

(١) في ز: هذين القولين.

(٢) قال في المهمات: دعوى الجهل بالفور مذكور في الشامل لابن الصباغ في اللعان وحكي فيها قولان من غير تفصيل بين قريبة العهد بالإسلام وغيرها.

بالإِسْلاَم، وَخَالَطَتْ أَهْلَهُ لَمْ تُعْذَر، وإنْ كانتْ حديثةَ العَهْد، أو لم تخالط أهلَهُ، فقولان، وإذا عَرَفْتَ جميع ما ذكرنا، أَعْلَمْتَ قوله في «الكتاب قولاً واحد» بالواو، وكذا قوله «لم يسقط خيارها»، وقوله: «لم تعذر».

وقوله «آخراً «على قول» ويجوز أن يُعْلَم الحكْمُ في الأقوال، الثلاثة بالحاء، لأن عند أَبِي حَنِيْفَةَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ يجب لها الخيارُ [ما دامت][1] في المجلس، كالوجه المنقول عن «الشَّامِلِ» وحينئذٍ، فلا يكون على الفَوْر، ولا يتقدَّر بثلاثة أيام، ويسقط من غير إسقاط وتمكين من الوطء.

فَرْعٌ: هذا الفسْخُ لا يحتاج إلَى مراجعة الحاكم، والمرافعة إلَيْه؛ لأنه ثابت بالنص والإجماع، فأشبه الردَّ بالعيب والشُّفْعة[2].

قَالَ الغَزَالِيُ: (السَّبَبُ الرَّابِعُ: العُنَّةُ) وَمَهْمَا وَقَعَ اليَأْسُ عَنِ الوَطْءِ بجَبٍّ أَوْ عُنَّةٍ أَوْ مَرَضٍ مُزْمِنٍ ثَبَتَ لَهَا الخِيَارُ، وَفِي إِلْحَاقِ الإِخْصَاءِ بالجَبِّ قَوْلاَنِ، وَالعُنَّةُ الطَّارِئَةُ بَعْدَ الوَطْءِ لاَ تُؤَثِّرُ، وَلَوْعُنَّ عَنِ امْرَأَةٍ دُونَ غَيْرِهَا فَلَهَا الخِيَارُ، وَلَوْعُنَّ عَنِ المَأْتَى وَقَدَر عَلَى غَيْرِ المَأْتَى فَلَهَا الخِيَارُ (و).

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قَدْ مَرَّ في فَصْل العيوب أن العُنَّة من أسباب الخيار؛ لأنها تُفوِّت الجماع، وتوجب اليَأس منه، والجَبُّ أيضاً يثبت الخيار، إن لم يَبْقَ ما يمكن الجماع به؛ بأن اسْتُؤْصِلَ العُضو، وكان الباقي دُونَ قَدْر الحَشَفَةِ، فإنْ بقيَ قَدْر الحَشَفة أو أكثر، فلا خِيار بسبب الجب وفي كتاب القاضي ابنِ كَجٍّ أن أبا الطَّيِّب بْنَ سَلَمَةَ خرّجه على قولين، كَمَا في الخصَاء، والمذهبُ الأولُ، لكن لو عَجَز عن الجِمَاع به، فهُو كالسَّليم، إذ عَجَز، فتضرب له المدة.

وعن الشَّيخِ أبي حَامِدٍ: أنه يثبت الخيارُ في الحالِ؛ لأنَّ العيْبَ متحقِّقٌ، والظَّاهِرُ دوام العَجْز، وفي معناهما المَرَضُ المِزْمِنُ الذي لا يتوقَّع زواله، ولا يمكنُ الجماعُ معه ذَكَرَهُ الشَّيخُ أَبُو مُحَمَّدٍ وغيره، وإذا وجدت المرأة زوجَها خصيّاً مَوْجُوَّ الخِصْيَتَيْنِ أو مسلولَهما، فَهَلْ لَهَا الْخِيَارُ فيه قولان:

أحدهما: نَعَمْ؛ لأن في المقام تحته عاراً عليها؛ ولأنه لا يَلِدُ.

(١) في ز: إذا مت.

(٢) قال النووي: وللزوج وطء العتيقة ما لم تفسخ، وكذا لزوج الصغيرة والمجنونة، العتيقين وطؤهما ما لم تفسخا بعد البلوغ والإفاقة.

وأصحُّهما: المنع، وقد قطَع به بَعْضُهم[١]، لبقاء آلة الجماع، وقدْرَتِه عليه، ويقال: إنَّه أقدر عليه، لأنه لا يُنْزِل، ولا يعتريه فُتورٌ، ويُنْسَب الأول إلى القديم، والثاني إلى الجْدَيد، والعُنَّة الطارئة بعد الوطء لا تُؤثِّر؛ لأن القدْرةَ قد تحقَّقت بالوطء، فيكون العجْزُ بعده لعارضٍ، والمسألةُ مكررةٌ قد ذكرها مرةً في العيوب، ولو كان تحته امرأتان مَثَلاً، فَعُنَّ عن واحدةٍ دون الأخرَى، ثَبَتَ الخيار للَّتي عُنَّ عنها؛ لفواتِ الاستمتاعِ عليها.

قَالَ ألأَصْحَابُ: وقد يتَّفقُ ذلك لانحباسِ الشَّهْوة عن امرأةٍ معينةٍ بسبب نُفْرة عنها أو حَيَاءٍ منها ويَقْدِرُ علَى غيرها للمَيْل إليها، وألأُنْسِ بها، فأما العَجْز المحقَّق لضعْفٍ في الدماغ، أو في القَلْب، أو في الكَبِد، أو لخَلَلٍ في نفس الآلة، فإنه لا يختلفُ بالنِّسْوة، وكذلك قد يُفْرَض العجْز عن المأتى، والقدرة على غير المأتى لاعتيادٍ خَبِيثٍ، فيثبت الخيار.

وَحَكَى الحَنَّاطِيُّ فيه وَجْهاً آخَرَ بعيداً ولو عجَزَ عن افتراع زوجته البكْر، وهو يأتي الثيب، فلها الخيارُ، واللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَلَوِ ٱمْتَنَعَ مَعَ القُدْرَةِ فَلاَ خِيَارَ، وَلَكِنْ لَهَا المُطَالَبَةُ بِوَطْأَةٍ وَاحِدَةٍ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ لِتَقْرِيرِ المَهْرِ وَتَحْصِيلِ التَّحْصِينِ، فَإِنْ عَلَّلْنَا بِالمَهْرِ كَانَتِ المُطَالَبَةُ لِلسَّيِّد فِي الأَمَةِ، وَلَمْ يَثْبُتْ لَهَا بَعْدَ ٱلإِبْرَاءِ، وَيَسْقُطُ الطَّلَبُ بِإِيلاَجِ الحَشَفَةِ.**

قال الرَّافِعِيُّ: [والمرأة إذا اعترفت][٢] بقدرته على الوطء وقالت: إنَّه يمتنعُ منه، فلا خيارَ لها، كما لا خيار للبَائِع، إذا امتنع المشتَري من تسليم الثَّمَن مع القدرة، وللمرأة إذا امتنع الزوْجُ مِنَ الإنفاقِ مَعَ القُدْرة، وهلِ للمرأة المطالبةُ بوطأةٍ واحدة، وهل يُجْبَرُ الزوْجُ عليها؟ فيه وَجْهَانِ:

أصحهما: لا؛ لأن الاستمتاعَ حقُّه، فلا يُجْبَر على استيفائه كسائر الوطآت.

والثاني: نعم، ورأيتُ في مجموعِ أبي الحَسَن بن القطَّان أن أَبَا سَعِيدٍ ذَهَبَ إليه، وذكروا في توجيهه معنيَيْن:

أحدهما: استقرارُ المَهْر لتأمن من سقوط نصْفِه بالطَّلاق، وكلّه بالفسخ.

---

(١) قال الشيخ البلقيني: كلامه يقتضي أن مقابله قديم وليس كذلك فقد نص عليه في مختصر المزني فقال: وللمرأة الخيار في المجبوب وغير المجبوب من ساعتها لأن المجبوب لا يجامع أبداً وإن الخصي ناقص عن الرجال وإن كان له ذكر إلا أن تكون علمت فلا خيار لها.

(٢) في ز: وإذا عرفت المرأة.

والثاني: حصولُ الاستمتاع، لأنَّ النكاحَ شُرِع لإعفاف الزوجَيْن، [وتحصينهما][(١)] معاً، وإليه إشارة بقولِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وفي «سلسلة» الشيخ أبي محمد أن الوجهَيْن مبنيان علَى قولَيْن ذكرهما بعض الأصحاب، فيما إذا نكح امرأةً بشرط ألا يطأها، هَلْ يَصِحُّ النِّكَاحُ؟.

إِن قلْنا: لا يصحُّ النكاح؛ لأَنه خلافُ قضيَّة العقد، وجبت وطأةٌ واحدة للاستمتاع وإن قلنا: يصحُّ، لم يجب.

وإن قلْنا بالوجه الثاني، فلو كانت المنكوحةُ أمةً، فالطلب للسيد عند من علَّل باستقرار المهْر، ولها عند من علَّل باستحقاق الاستمتاع، ولو أبرأ عن المهر، فلاَ مطالبة لها بالمهر عنْد من علَّل بالاستقرار، ولها المطالَبةُ على المعْنى الثَّاني، ولا يرْهَق إلى الوطء بلْ يمهل حَتَّى يستعد له على العادة.

قال الإمام: وكان يليقُ بالقياس أن يمهل مدَّة الإيلاء، إذا قُلْنَا: إنَّ الطلب؛ لاستحقاق الاستمتاع، ولو كان به مرضٌ أو عذرٌ، فلا بدّ من الإمهال إلَى أنْ يرتفع العُذْرُ، وإن أصَرَّ علَى الامتناع من غير عذْرٍ، حبس، ولم يستبعد الإمام أن يخرِّج من الإيلاء أن القاضي يُطَلِّق عليه، ولكن لم يخرِّجوه[(٢)].

وأما قوله في الكتاب «تسقط الطلب بإيلاجِ الحشَفَة»، فيجوز أن يجعل من تتمَّة المسألة، إلا إذا قلْنا: إنَّه يجبر على وطأةٍ واحدة، فيكفي منه تغييب الحَشَفة، وبه يُشْعر نظم «الوسيط» ويجوز أن يُجْعل كلاماً مبتدأً، ويقال: معناه أنَّه يسقط مطالبة [العنين بالفسخ وغير العنين إذا أوجبنا وطأة][(٣)] بتغييب الحشفة، فإنَّ أحكام الوطء، كُلَّها منوطةٌ به، كالتحصين، والتحليل، ووجوب الحَدِّ، والكفَّارة، وفسادِ العَبَادَة، وتحْريم المصَاهَرة وغيرها.

قال الإمام ـ قَدَّس الله روحَهُ ـ: وسببه بعد الاتباع أن الحشَفَة هي الآلَةُ الحسَّاسةُ

---

(١) في ز: وتخصصهما.

(٢) قال الشيخ البلقيني: ذكر الماوردي المسألة فقال: وإن كان غير معذور أخذه الحاكم إذا رفعته الزوجة إليه بالوطء أو الطلاق كما يؤخذ المولى بهما ولم يؤجله لأنه ليس بعنين ولا يطلق عليه الحاكم بخلاف المولى في أحد القولين بل يحبس حتى يفعل أحد الأمرين من الوطء أو الطلاق فامتنع من تخريجه على الإيلاء وفي الفرق صعوبة وكان الفرق أن المطالبة بالوطء إما لتقرير المهر وإما لحصول التعفف، فإذا طلق القاضي أدى إلى عكس المقصود بخلاف الإيلاء فإن الزوج قد أحدث حلفاً مضراً فقلنا: للقاضي قطع ذلك بأن يطلق على قول ولا يؤدي إلى عكس المقصود والله أعلم.

(٣) في ز: العين ومحالة الفسخ.

لتِلْك اللَّذَّةِ. قال: ويعني بغيبوبة الحَشَفة أن يشتمل الشفران، وملتقاهما عليها أمَّا إذا انقلب الشُّفْرَان إلى الباطن، وكانتِ الحَشَفة تُلاقِي ما آنْعَكَس من البشرة الظاهرة، ففيه تردُّدٌ؛ لأنَّها حصَلَتْ في حيِّز الباطن، وذكر في «التهذيب»؛ أن أَقَلَّ ما يزول به حكْمُ العُنَّة، إن كانت بكراً أن يفتضها بآلة الافتضاض، وإنْ كانتْ ثيباً أن تَغييبَ الحَشَفة، وهذا يدل على أن الافتضاض لا يحْصُل بتَغْييب الحشفة، ومن جُبَّ بعضُ ذَكَره، فغَيَّب من الباقي قَدْرَ الحشفة، فهو كتَغْييب السليم الحَشَفَة، ومنهم من أعتبر تغييب الكُلِّ؛ لأنَّه ليس بعد الحشَفَة حدٌّ مرجوعٌ إليه، وهذا ظاهر لفظ «المختصر» ورجَّحه بعْضُهم، والظَّاهر الأول.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَإِذَا ثَبَتَتِ العُنَّةُ إِمَّا بِإِقْرَارِهِ أَوْ بِيَمِينِهَا بَعْدَ نُكُولِهِ ضَرَبْنَا المُدَّةَ سَنَةً (و) للامْتِحَانِ إِنْ طَلَبَتْ ذَلِكَ، وَإِنْ سَكَتَتْ لَمْ تُضْرِبْ، وَإِنْ حَلَفَ عَلَى أَنَّه غَيْرُ عِنِّينٍ لَمْ نُطَالِبْهُ بِتَحْقِيقِ ذَلِكَ بِالوَطْءِ، وَمُدَّةُ العَبْدِ كَمُدَّةِ الحِرِّ (م)، وَمَهْمَا تَمَّتِ السَّنَةُ مِنْ غَيْرِ أَعْتِزَالٍ مِنْهَا إِيَّاهُ قَصْداً رَفَعَتِ الأَمْرَ إِلَى القَاضِي لِيَفْسَخَ القَاضِي النِّكَاحَ عَلَى وَجْهٍ، أَوْ يُسَلِّطَهَا عَلَى الفَسْخِ عَلَى الفَوْرِ عَلَى الوَجْهِ الثَّانِي، وَلَوْ سَافَرَ الزَّوْجُ فَفِي آحْتِسَابِ المُدَّةِ وَجْهَانِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه مسألتان:

الأولى: إذا وجدتْ زوْجَها عُنيناً، فرفعتْه إلى القاضي، وادَّعتْ عُنَّته، نُظِر؛ إن أَقَرَّ بها، أو أقامت بينةً علَى إقراره، ثبتت العُنَّة، وإن أنكر، حلف [فإن حلف لم يطالب][1] بتحقيق ما يقوله بالوطء، وامتنع الفسخ، ويعود ما مر أنَّه، هلْ يطالَبُ بوطأةٍ واحدة، وإن نكل فوجهان:

أحدهما: وبه قال أبو إسْحَاقَ: لا تردُّ اليمين عليها؛ لأن الامتناع عن الجماع قد يكون لعجز، وقد يكون لغيره، ولا اطِّلاع لها عليه، ولذلك لا تسمع الشهادة عَلَى نفس العُنَّة، وعلى هذا، فعن الإصطخريِّ فيما حكاه أبو الفرج السرخسيُّ؛ أنه تضرب المدَّةُ [وتجعل الصورة][2] من الصُّورة التي يُحْكَم فيها بالنكول.

وأصحُّهما: أنها تُردُّ، ولها أن تَحْلِفَ إذا بانَتْ لها عُنَّته بقرائِنِ الأحوال وطُول الممارسَة، ويخالف الشَّهادة، فإنَّ الشهود لا يعْرِفون ما تعرفه، وهذا إذا ادَّعَتْ أنه نوى الطَّلاق ببعض الكنايات، وأنكر، ونكَل، تحْلِف المرأة، وعلى هذا الوجْهِ يَسْتمرُّ قوله في الكتاب: «وإذا ثبتت العُنَّة» إلى آخره، وحكى أبو الفرج؛ أن تحليف الزوج لا يُشْرع

---

(١) في ز: لم يطلب.
(٢) سقط في ز.

أصلاً بناءً على أن اليمين لا تُرَدُّ عليها، ثم ثبوت العُنَّة لا يفيد الخيار في الحال، ولكن القاضي يضرب للزوج مدَّة سنة يمهله فيها، رُوِيَ عن عُمَرَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أنه أجلَ العِنِّينِ سنةً، وتابعه العلماءُ عليه، وقالوا: تَعَذُّر الجماعِ قد يكون لعارِضِ حرارةٍ، فتزول في الشتاءِ، أو برودةٍ، فتزولُ في الصيف، أو يبوسةٍ فتزولُ في الربيعِ، أو رطوبةٍ، فتزول في الخريفِ، فإذا تمَّت السنة، ولم يصبها، عَلِمْنَا أنه عجزٌ خِلْقيٌّ، وابتداءُ المدَّة من وقت ضرب القاضي لا من وقْت إقراره: لأنه مجتَهَدٌ فيه، فَإِنَّ من العلماء مَنْ قال: لا تُضْرَب المدة للعِنِّين، ولا يثبت بالعُنَّة خيارٌ، ومنهم دَاوُدُ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ ويُخَالِفُ مدة الإِيلاء. حيث تحسب من وقْت اليمين، لأنها منصوصٌ عليها، وشبه ذلك بحَجْر المُفْلِس والسَّفيه يثبت من وقْت قضاء القاضي، وحجْر الصبيِّ، والمجنون، لا يتفقر إلى قضاءِ القاضي، وإنَّما تُضْرَب المدةُ، إذا طلبتِ الزوْجَةُ، أما إذا سكَتَتْ، فلا تضرب، نعم، إذا حمل القاضي سكُوتَها علَى دهْشة، أو جَهْل، فلا بأْسَ بتنبيهها وقولها: إنِّي طالبةٌ حقي علَى موجِبِ الشَّرْع [كافٍ][1] في ضرْب المدَّة، وإن جهلَتِ الحُكْم على التفصيل، ولا فرق في المدة بين الحرِّ والعبْدِ؛ لأنها مشروعةٌ لأمر يتعلَّق بالطبع والجبلَّة، فأشبه مدَّة الحيض والرِّضاع، وعن مالك ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أنه تُضْرَبُ للعبد نصفُ سنةٍ.

المسألة الثانية: إذا تمَّتِ السنةُ، ولم يصبْها، لم ينفسخ النكاح، ولم يكن لها أنْ تفْسَخه بل ترفعه ثانياً إلى القاضي، وفي «أمالي» الشيخ أبي الفرج عن الإصطخريِّ أن لها الفسْخَ بعْد مضيِّ المدة، ويكفي ضرب المدة من جهة القاضي، والمشهور الأول؛ لأن مدار الباب على الدعْوَى والإقرار والإنكار واليمين، فيحتاج إلَى نَظَر القاضي واجتهاده وإذا رفعته إليه، فإن ادَّعَى الإصابة في المدَّة، حلَف، فإن نَكَلَ، رُدَّت اليمين على المرأة، وفيه الخلافُ الذي سَبَق، وإذا حلَف أو أقرَّ الزوج بأنَّه لم يُصِبْها في المدَّة، فقد جاءَ وقْت الفسخ، فإن استمهل ثلاثاً، فهل يُمْهَل؟ فيه الخلاف المذكور في الإيلاء، ثم استقلالها بالفَسْخ وجهان:

أقربهما: وذكر في «التتمة» أنه المذهَبُ: الاستقلال، كما يستقل [المشتري][2] بالفسخ، إذا وجد بالمبيع تغيُّراً، وأنكر البائع كَوْنَه عَيْباً، وأقام المشترِي علَى ذلك بيِّنةً عند القاضي.

والثَّاني: أن الفسخ إلى الحاكم؛ لأنه محلُّ النظر والاجتهاد، فيفسخ بنفسه أو يأمرها بالفَسْخ، وهذان الوجْهَان في الاستقلال بعْد المرافعة والوجْهَان المذْكُوران في

---

(١) في ز: كان. (٢) سقط في ز.

فصل العيوب مفرُوضان في الاستقلال دُون المرافعة، وإذا قُلْنَا: إن لها أَنْ تَفسَخ بنَفْسها، فَهَل يكْفِي لنفوذ الفَسْخ إقرارُ الزَّوْج، أم لا بدّ وأن يقول القاضي [ثبتت العنة أو][1] يثبت حق الفسخ، فاختاري فيه وجهان:

أشبههما: الثاني، وهو الحكاية عن القاضي حسين ورأيتُ في «المجموع» لأبي الحُسَيْن بن القطَّان نقْلَ وجهَيْن فيما إذا قالَتِ: اخترتُ الفسخ، ولم يقُلِ الحاكمُ: نفَّذْتُه، ثم رجعَتْ، هل يصحُّ الرجوع، ويبطل الفسخ.

الأصح: المنع[2]، ويشبه أن يكون هذا الخلافُ مفرَّعاً على استقلالها بالفَسْخ، أما إذا فسَخَتْ بإذنه، كان الإذن السابقُ كالتنفيذ اللاَّحق، وإنَّما تحسب المدةُ، إذا لم تَعْتَزِل عَنْه، فإن اعتزلَتْ، لم تُحْسَب، قال في «المجموع» وكذلك مرَضُها وحبْسُها يمنع الاحتساب، ومرضه وحبْسُه لا يمنع، وكذلك حيْضُها وفي سَفَره وجهان:

أظهرهما: أنه لا يَمْنَع [الاحتساب][3] أيضاً؛ لئلا يدافع بذلك، وإذا عرض ما يمنع الاحتساب في بعض السنة وزال، فالقياس أن يستأنف السنة، أو ينتظر مضيَّ ذلك الفصل من السنة الأُخْرَى، والله أعلم.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَهَذَا الفَسْخُ عَلَى الفَوْرِ، فَإِنْ رَضِيَتْ فَلاَ اعْتِرَاضَ لِلوَلِيِّ، وَلا رُجُوعَ لَهَا إِلَى الفَسْخِ بِخِلاَفِ الإِيلاءِ، وَإِنْ فَسَخَتْ فِي أَثْنَاءِ المُدَّةِ لَمْ يَنفُذْ، وَإِنْ أَجَازَتْ فَقَوْلاَنِ، وَلَوْ رَضِيَتْ فَطَلَّقَهَا ثُمَّ رَاجَعَهَا لَمْ يَعُدْ حَقُّهَا، وَإِنْ جَدَّدَ نِكَاحَهَا فَقَوْلاَنِ، وَلَوْ وَطِئَهَا فِي النِّكَاحِ الأَوَّلَ وَعُنَّ عَنْهَا فِي النِّكَاحِ الثَّانِي فَلَهَا الخِيَارُ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: سبيل الفسخ بالعُنَّة بعْد ثبوتها سبيلُ الفَسْخ بسائر العُيُوب، والظاهر: أنَّه على الفَوْر، ويجيء فيه الطريقةُ المذكورةُ في الفسخ بسائِرِ العيوب، وقوله: «فإن رَضِيَتْ فَلاَ اعتراض للولي» مكرَّر، وقد ذكره مرةً في فصْل العيوب، ويجوز أن يُعْلَم

---

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: الأشبه.

قال الشيخ البلقيني: يقرب من هذا الفرع ما لو رد الموقوف عليه الوقف وقلنا: يريد برده وهو الأصح فلو رجع قال الروياني: إن رجع قبل حكم الحاكم برده إلى غيره كان له وإن حكم به لغيره بطل حقه كذلك نقله المصنف في باب الوقف ولم يتعقبه ونقل النووي من زيادته في الوقف عن الشيخ أبي عمرو بن الصلاح أن المتصرف في النظر بشرط الواقف لو عزل نفسه انعزل ولم يزد على ذلك ولا نعلم خلافاً في الوكيل والوصي والقاضي فليتأمل. انتهى.

(٣) سقط في ز.

بالواو لما مَرَّ، وإذا رضيت بالمقام تحته بعد مضيِّ المدة، سقَط حقُّها من الفسخ، ولا رجوعَ لها إلَيْه، كما إذا رضِيَتْ بسائر العيوب، أو رَضِيَ المشتري بالعَيْب، وليس كما [لو تركت][1] المطالبةَ في الإيلاء، لها أن تعود إلى المطالبة، وكذا لو رَضِيَتْ بإعسار الزوج، ثم بدا لها أن تَفْسَخ، فلها الفسخ؛ لأن الضَّرَرَ يتجدَّد كلَّ يوم لبقاء اليمين، وقصد المضارَّة، والنفقة تَجِبُ يوماً يوماً، فالرِّضَا في الحال لا يؤثر في النفقات المستقبلَةِ، والعُنَّة عيْبٌ واحدٌ لا يتوقَّع زوالُها إذا تحققَّت، وإذا قسمّت في أثناء المُدَّة لم ينفذ، وَإِلاَّ، لم تتحقق فائدةُ الإمهال، فإن أجازت ورَضِيَت بالمقام في المدَّة، أو قبل ضرْب المدَّة، فقولان:

أحدُهما: ويُنْسَب إلى القديم: أنه يبطل حقُّها من الفسخ؛ لأنها تزعم العِلْم بالعيب.

وأصحُّهما: المنْع وثبوتُ الخيار بعد المدة؛ لأن الحقَّ حينئذٍ يثبت فالرضا قبله، كإسقاط الشفْعة قبل جريان البَيْع، وإن رَضيت بعْد انقضاء المدَّة، ثم طلَّقها الزوج طلاقاً رجعياً، ثم راجَعَها، لم يعُدْ حق الفسخ؛ لأنها قد رضيت بعنته في ذلك النكاح، واعترض المزنيُّ بأن الرجْعَةَ تعْتمدُ العدَّةَ، والعدةَ تعتمد الوطءَ، وبالوطءُ يزول حكم العُنَّة، وأجاب الأصحاب، بأن العدَّة قد تجبُ من غير جريان الوطء المزيل للعُنَّة، وذلك بأن يستدخل ماءَه، أو يأتيها في غير المَأْتَى، فتجب العدَّة، وتثبت الرَّجعة، وحكم العُنَّة باقٍ، وكذا الخلوةُ توجِبُ العدة، وتثبت الرجْعَةَ عَلَى قوله القديم فلعل المسألة مفرَّعة على القديم، ولو بانَتْ بانقضاء العدَّة، أو كان الطَّلاقُ بائناً، أو فسَخَتِ النكاح، ثم نكَحَتْه ثانياً، ففي تجدُّد حقِّ الفسخ قولان:

أحدهما: لا؛ لأنها نكحته عالمةً بالعُنَّة.

وأصحُّهما: نعم؛ لأنه نكاحٌ جديدٌ، فيتوفر عليه، حكمه وتضرب المدَّة ثانياً، ويقال: إن الأول من القولين قديمٌ، والثاني جديد، وبنى القولين جماعةٌ على قولَيْ عود الحِنْث، ولم يرتضه المحقِّقون؛ لأن هناك جرى في النكاح الأوَّل تعليقٌ أو ظهارٌ أو إيلاءٌ [ووقعت آثارها][2] وعواقبُها في النكاح الثَّاني، وههنا أسقطت الزوجَةُ حقَّها في النكاح الأوَّل، واستوفَتْه بالفَسْخ، ولم يبْق منه عُلقَة أصلاً، وأجرى صاحب «الشامل» وغيره القولَيْن فيما إذا نكح امرأةً ابتداءً، وأعلمها أنه عِنِّينٌ وفي «التهذيب» حكايةُ طريقَيْن فيما إذا نكح امرأةً ابتداءً، وهي تَعْلَم أنه حكم بُعنَّته في حق امرأة أُخْرَى.

أحدهما: إجراء القولَيْن.

---

(١) في ز: إذا نزلت.

(٢) في ز: وقفت أيا.

والثاني: القطعُ بثبوت الخيار؛ لأنه قد يَعْجز عن امرأة، ويَقْدِر على أُخْرَى، ولو نكح امرأةً وأصابها، ثم أبانها، ثم نكَحَها وعُنَّ عنها، فلها الخيار بلا خلافٍ؛ لأنها نكحته غَيْرَ عالمةٍ بعُنَّتِهِ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَمَهْمَا تَنَازَعَا فِي الإِصَابَةِ فَالقَوْلُ قَوْلُهَا، وَلأَنَّ الأَصْلَ عَدَمُ الإِصَابَةِ إِلاَّ فِي مَوْضِعَيْنِ: (أَحَدُهُمَا) فِي مُدَّةِ العُنَّةِ وَالإِيلاَءِ فَإِنَّ القَوْلَ قَوْلُهُ إِذْ تَعَسَّرَ إِقَامَةُ البَيِّنَةِ عَلَى الوَطْءِ، فَإِنْ أَقَامَتِ البَيِّنَةَ عَلَى البَكَارَةِ رَجَعْنَا إِلَى تَصْدِيقِهَا بِاليَمِينِ (الثَّانِي) لَوْ قَالَتْ: طَلَّقْتَنِي بَعْدَ المَسِيسِ وَلِي كَمَالُ المَهْرِ فَأَنْكَرَ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ، إِلاَّ إِذَا أَتَتْ بِوَلَدٍ لِزَمَانٍ مُحْتَمَلٍ فَإِنَّا نُثْبِتُ النَّسَبَ فَيَتَأَكَّدُ بِهِ جَانِبُهَا فَنَجْعَلُ القَوْلَ قَوْلَهَا، إِلاَّ إِذَا لاَعَنَ فَنَرْجِعُ إِلَى تَصْدِيقِهِ إِذِ الأَصْلُ عَدَمُ الوَطْءِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قال الأئمة؛ إذا اختلَفَ الزَّوْجان في الإِصَابَة، فالقَوْلُ قولُ من يَنْفِيها أخْذاً بأصْل العَدَم إلاَّ في ثلاثة مَوَاضِعَ:

أحدها: إذا ادَّعَتْ عُنَّته، وقال الزوْج: قد أَصَبْتُها، فالقولُ قولُه مع يمينه، سواءٌ كان ذلك بعد مضيِّ المدة أو قبله، ووجْهُ ذلك بأَنَّ إقَامَةَ البيِّنة على الوطء عسيرةٌ، والأصل سلامة الشخْص ودوام النكاح، وهي تدَّعي قيام ما ترْفَعُه، فاقتضَى مجْموعُ ذلك تصديقَه، ولا فَرْقَ في ذلك بَيْن أن يكون الرجُلُ خَصِيّاً، أو مقْطُوعَ بعْض الذَّكَر، والباقي بحَيْث يُمكِّنُ من الجماع به؛ لكنها ادَّعتْ عجْزَه، وبين أن يكون سليماً، وعن أبي إسْحَاقَ في الخصيِّ ومقطوعِ بعْضِ الذَّكَر؛ أن القول قولُ المرأة مع يمينها إلا أن النقصان الذي لَحِقه يُورث ضَعْفَ الذَّكَر، ويقوي جانبها، ولو اختلفا في أن الباقِيَ من الذَّكَر، هل يمكن الجماعُ به فالذي ذكره الأكثرون القَطْعُ بأنَّ القول قولُها؛ لزوالِ أصل السلامة، وقال في «الشامل»: ينبغي أنْ يرى أهل الخبرة، ليعرفوا قدره ويخبروا عن الحال، كما لو ٱدَّعت أنَّه مجنون، وَأنْكر، قال في «التتمة»: وهو الصحيح، فلو ٱدَّعت عَجْزه بعد مضيِّ ٱلسَّنَةِ، وَٱدَّعى ٱلزَّوْجُ أَنَّهَا ٱمْتَنَعَتْ، ولـم تُطَاوِعه، فإِنْ كَانَ لأَحدهما بينة، حكم بها، وإلاَّ فَٱلْقَوْلُ قول الزوْج؛ لأَنَّ الأَصْلِ دوام النكاح، فإذا حلف، ضَرَب القاضي المدَّة ثانياً. وأسكنهما في دار قوم ثقات يتفقدون حالهما، فإذا مضت السنة اعتمد القاضي قول الثِّقات، وجرى [عليه كذا][1] ذكره الشيخ المتولي.

الثاني: إذا طالبته في الإِيلاءِ بالفيأه أو الطَّلاَقِ، فقال: قد أصبتها، فالقول قوله؛ استدامةً للنكاح ولو أنها في الموضعَيْن قالت: أنا بِكْرٌ كما كنتُ، قَالَ الشَّافِعِيُّ ـ رَضِيَ

---

(١) سقط في ز.

اللَّهُ عَنْهُ ـ: أُرِيهَا أربعاً من النساء عدولاً، وذلك دليلٌ على صدقها، وإن شاء، أحلفها، ثم فُرِّقَ بينهما، وظاهرُ هذا النَّظْم هو قولُ جماعةٍ من الأصحاب تَعْرِيضاً وتصْريحاً؛ أنه إذا قامت البينةُ، فشهد أربعُ نسوةٍ على أنَّها بِكْرٌ يحكم بعد الإصابة، ولا حاجة إلى تحليفها، وتكفي البكارة دليلاً على تصْدِيقها، قال هؤلاء: وقوله: «إن شاء أحلفها» معْنَاه؛ أنَّه لو قالَ بعْد قيام البينة: قد أصبتُهَا لكنْ لم أبالغ، فعادَتِ البكارةُ، وطلَبَ يمينها، تُسْمَع دعواه، وتَحْلِف، فإن لم يدع شيئاً، لم تحلف، وقال أبو علي في «الإِفْصاح» وأبو الحُسَيْن في «المجموع» والقاضي ابنُ كَجٍّ في شرحه: تحلف الزوجةُ مع قيام البينة على البكَارَة؛ لأنَّ البكارة، وإن ثبتت بالبينة، فاحتمالُ الزوال والعَوْدِ قائمٌ، وإن لم يدَّع الزوج، فلا بدّ من الاحتياط، وبهذا أخذ الإمام وصاحب الكتاب وغيرهما.

فإذا حلفت بعد دعواه أو دُونَها، فتحلف على أنه لم يُصِبْها، أو على أنَّ بكارتها هي البكارةُ الأصليَّة، ولها حقُّ الفسخ بعْدَ يمينها، وإن نَكَلَتْ، حلف الزوج، وبَطَلَ الخيارُ، وإن نكل الزوج أيضاً، ففيه وجهان، خرَّجهما الشيخ أبو عليٍّ صاحب «الإِفصاح»:

أصحهما: أن لها الفسخ، ويكون نكولُه كحلفها؛ لأن الظاهر أن بكَارَتَها هي البكارةُ الأصليَّةُ.

والثاني: المنع؛ لأنَّ ما قاله يحتمل، والأصل دوام النكاح.

الموضع الثالث: إذا قالتِ المرأة: طَلَّقَنِي بعد المسيس، ولي كمالُ المهر، وقال الزوْج بل قبله، وليس لك إلاَّ شطْرُ المهر، فالقول قولُ الزوْج جرياً على الأصل، وعليها العدَّةُ مؤاخذةً لها بقولها، ولا نفقة لها، ولا سُكْنَى، وللرجلِ أن ينكح ٱبْنَتَهَا وأخْتَهَ وأرْبَعاً سواهَا في الحال، ثم لوِ أتت بولدٍ لزمانٍ محتملٍ يُثْبِتُ النسب، ويُقَوِّي ذلك جانبها، فيرجع إلى تصديقها، وتطالِبُ الزوْجَ بالشطْر الثاني، ولا بدَّ من يمينها؛ على ما ذكره الإمام والعبَّاديُّ؛ لأن ثبوت النسب لا يُورِث يقين الإصابة، ويمكن أن يجيء فيه الخلافُ المذكُورُ فيما إذا ظَهَرت البَكَارَةُ، وهذه الصورة هي محلُّ الاستثناء عن تصديق النافي، فإن لاَعَنَ الزوجُ، ونفي الولدُ، فقد زال المرجِّح، فيعود إلى تصديقه، [ويستمر الأمر][(١)] على ما تقدَّم، وحيث قلنا: إن القول قولُ مَنْ ينفي الإصابة، فذلك إذا لم يُسلِّم جريان الخلوة، فإن سلَّمه فقولان:

أَصَحُّهُمَا: أن الجواب كذلك: والثَّانِي: أنَّه يصدق المثبتُ ترجيحاً بالخلوة، فَعَلَى هذا؛ تنضم هذه المسألة إلى مواضع الاستثناء عن تصديق النافي، وتصير

---

(١) في ز: ويسمى.

المسائل[١] أربعةً. وقوله في الكتاب «إلاَّ في موضعَيْن» لا يخالف ما حكيناه عن الأئمَّة، وهو استثناءُ ثلاثة مواضعَ لكنه جمع بين الأول والثاني في قرن واحد.

وقوله: «إنَّ القوْلَ قوْلُه» يجوز أن يعلم بالميم؛ لأن ابن المنذر حكَى عن مالك ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ في العُنَّة؛ أنه يجمع بينهما في بَيْتٍ وتراقبها امرأةٌ من وراء حجاب، فإذا قام الرجُل عنها، نظَرَتْ المرأةُ إليها، فإن وجدتْ رطوبةَ المنيِّ، فحينئذٍ يُصدَّق في الرجلُ، وبالألِفِ؛ لأن عن أحمد ثلاثَ رواياتٍ:

أحدها: أن يجمع بينهما في بَيْتٍ، ويؤمر بأن يُرِيَنا ماءه على قُطْنة ونحوها، فإن فعل، فحينئذٍ نصدِّقُه.

والثانية: أن القول قول الزوجة مطلقاً.

والثالثة: مثل مذهبنا.

ونختمُ فصْل العُنَّة بصور امرأة الصبيِّ والمجنونِ، إذا ادَّعت العُنَّة، لم تسمع، ولم تضرب المدَّة؛ لأن الصبيَّ لا يجامع لِصِغَرِه غالباً ولأن الفسخ يعتمد إقرار الزَّوْج بالعُنَّة أو نكوله عن اليمين، ولا اعتبار بقولهما؛ ولأن الصبيَّ ربما يدعي الإصابة بعْد البلوغ، والمجنون يدَّعيها بعْد الإفاقة.

ونقل المُزَني: أن، إن لم يجامعها الصبيُّ، أُجِّلَ، ولم يثبْته عامة الأصحاب قولاً آخر، وقالوا: إنه غَلَطٌ، والذي قاله الشَّافِعِيُّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ في «الأم» والقديم؛ فإن لم يجامعها الخَصِيُّ، أُجِّل، فوقع في اللفظ تحريفٌ، وما اذكره في الخصيِّ جواب على أن الخصاء لا يثبت الخيار أو مفروض فيما إذا رضِيَتْ بكونه خَصِيّاً، ووجدتْهُ مع ذاك عِنِّيناً، وإلاَّ، فالخيار في الخصاء، لا تأجيل فيه كخيار الجَبِّ.

وحكى الحَنَّاطِيُّ وجهاً: أن المراهِقَ الذي يتأتَّى منه الجماعُ تُسْمَع دعوى العُنَّة عليه، [وتضرب][٢] له المدَّة، وبه قال المزنيُّ، وهو ضعيفٌ، ولو جُنَّ الزوجُ في أثناء

---

(١) قال النووي في زوائده: عجب قول الإمام الرافعي رحمه الله: فيما إذا أتت بولد لزمن محتمل أنها المصدقة ويمكن أن يجيء فيه الخلاف، والمسألة مشهورة، ففي «المهذب» و «التنبيه» وغيرهما من الكتب المشهورة، في المسألة قولان، في أن القول قولها، أم قوله، لأن النسب يثبت بالإمكان، ولأنه قد يولج بعض الحشفة أو يباشر فيما قارب الفرج فيدخل المني فيلحق النسب ولا وطء. والله أعلم.

واعترض على النووي بأن بحث الرافعي إنما هو في يمينها لا في تصديقها فإنه ذكره عقب ذكر يمينها وصرح بذلك أيضاً في الشرح الصغير، وقد حكى الرافعي الخلاف في تصديقها في آخر الإيلاء.

(٢) في ز: وتصرف.

السنة، ومضتِ السنَةُ، وهو مجنون، وطلبت الفرقة، لم تُجَب؛ لأنَّه لا يصحُّ منه الإقرار، وإذا مضتِ السنةُ، فقالت: قد أجَّلْته شهراً أو سنةً أخرَى، ذكر بعض الأصحابِ، منهم أبو الحُسَيْن بْنُ القطَّان؛ أنَّ لها ذلك، ولها أن تَعُود إلى الفسخ متى شَاءَتْ، كما إذا أمهل بعد حلول الأجل، لا يلزم الإمهال، والصحيحُ أنه يبطل حقُّها بهذا التأخير؛ لأنه على الفور.

ولا مهر عند الفسخ بالعُنَّة، فإنه فسخ قبل الدخول على ما بيَّناه في الفسخ بسائر العيوب، وعن صاحب «التقريب»: أن الإصطخريَّ حكى قولاً آخر؛ أنه يجبُ عليه كمالُ المهر؛ لأنَّها كانت تستحقُّ عليه أنْ يكون بصفةٍ من يُتصوَّر منه تكميلُ المهر، وقولاً آخر؛ أنه يجب نصْفُ المهر، وهذا تمامُ القِسْمِ الرَّابع.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (**الْقِسْمُ الْخَامِسُ مِنَ الْكِتَابِ فِي فُصُولٍ مُتَفَرِّقَةٍ) وَهِيَ سِتَّةٌ:**

(الْفَصْلُ الأَوَّلُ فِيمَا يَحِلُّ لِلزَّوْجِ) وَيَحِلُّ لَهُ كُلُّ اسْتِمْتَاعٍ إلاَّ الإِتْيَانَ فِي الدُّبُرِ، وَالصَّحِيحُ جَوَازُ العَزْلِ، وَقِيلَ بِتَحْرِيمِهِ فِي الحُرَّةِ دُونَ الأَمَةِ، وَقِيلَ: إِنَّمَا يَحِلُّ بِرِضَاهَا، وَلاَ خِلاَفَ فِي جَوَازِهِ فِي السُّرِّيَةِ، ثُمَّ الإِتْيَانُ فِي الدُّبُرِ فِي مَعْنَى الوَطْءِ فِي جَمِيعِ الأَحْكَامِ إِلاَّ فِي التَّحْلِيلِ (و) وَالإِحْصَانِ، وَاخْتَلَفُوا فِي تَعَلُّقِ النَّسَبِ وَتَقْرِيرِ المُسَمَّى وَوُجُوبِ الحَدِّ وَفِي اسْتِنْطَاقِهَا فِي النِّكَاحِ وَلَمْ يَخْتَلِفُوا فِي وُجُوبِ مَهْرِ المِثْلِ فِي النِّكَاحِ الفَاسِدِ، وَكَذَا فِي العِدَّةِ وَتَحْرِيمِ الْمُصَاهَرَةِ بِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: معْظَمُ مسائِلِ الفصل قد اندرج في معاقد الأقسام الأربعة، وبقِيَتْ فصولٌ شاذَّةٌ فجمعها في القسم الخامس:

الفصل الأوَّل: فيما يحلُّ للزوج من الاستمتاعات، وفيه مسائل:

المسألة الأولى: لا يمنع من شيء من الاستمتاعات إلا النَّظَر إلى الفرج، ففيه خلاف مذكور في «كتاب النكاح» وإلاَّ والإتيان في الدُّبُر، فإنه حرامٌ؛ لما رُوِيَ أنه سُئِلَ رَسُولُ اللَّه ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ: «في أَيِّ الخَرْمَيْنِ؛ أَمِنْ دُبُرِهَا فِي قُبُلِهَا، فَنَعَمْ أَمْ مِنْ دُبُرِهَا فِي دُبُرِهَا، فَلاَ، إِنَّ اللَّهَ تَعَالى لا يَسْتَحْيِي مِنَ الْحَقِّ، [لاَ تأتوا النِّسَاءَ فِي أَدْبَارِهِنَّ][1] والخرمة، الثقبة، وقوله «لا يستحيي من

---

(١) أخرجه الشافعي [١٦١٩] من حديث خزيمة بن ثابت: أن رجلاً سأل النبي ﷺ عن إتيان النساء في أدبارهن، أو إتيان الرجل امرأته في دبرها فقال: حلال، فلما ولي دعاه أو أمر به فدعي، فقال: كيف قلت؟ في أي الخربتين أو في أي الخرزتين أو في أي الخصفتين؟ أمن دبرها في قبلها فنعم، أم من دبرها في دبرها فلا، إن الله لا يستحيي من الحق، ﴿لا تأتوا النساء في أدبارهن﴾=

الحق»][(١)] أي: لا يَتْرُكُ شَيْئاً منه؛ لأن من اَسْتَحْيَا من شيء تركه.

وقيل: إنَّه لا يستبْقِي شيئاً منه من قوله «وَيَسْتَحْيُونَ نِسَاءَكُمْ» أي: يستبقونهن، وعن أبي هريرة ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أَنَّ النَّبيَّ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ قَالَ: «مَلْعُونٌ مَنْ أَتَى اَمْرَأَةً فِي دُبُرِهَا»[(٢)] وحكى ابنُ عبد الحكَم أَنَّ الشَّافِعِيَّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ قال: لم

= (تنبيه) الخربتين تثنية خربة بضم المعجمة وسكون الراء بعدها موحدة، والخرزتين تثنية خرزة، بوزن الأول لكن بزاي بدل الموحدة، والخصفتين تثنية خصفة بفتحات والخاء معجمة أيضاً، والصاد مهملة بعدها فاء، وقال الخطابي: كل ثقب مستديرة خربة، والجمع خرب بضمة ثم فتح، وقال الأزهري: أراد بالخربتين المسلكين، وقال ابن داود: خرب الفاس ثقبه الذي فيه النصاب، والخرزتين تثنية خرزة وهي الثقب الذي يثقبه الخراز ليخرز كني به عن المأتي والخصفتين تثنية خصفة من قولك خصفت الجلد على الجلد إذا خرزته مطابقاً، وفي هذا الإسناد عمرو بن أحيحة وهو مجهول الحال، واختلف في إسناده اختلافاً كثيراً، وقد أطنب النسائي في تخريج طرقه، وذكر الاختلاف فيه، وهو من رواية عبد الله بن علي بن السائب يرويه عنه محمد بن علي بن شافع، ورواه عن محمد بن علي: الشافعي الإمام، وابن عمه إبراهيم بن محمد بن العباس، وقد روى الدارقطني في فوائد أبي الطاهر الذهلي من طريق إبراهيم بن محمد هذا، عن محمد بن علي قال: جاء رجل إلى محمد بن كعب فسأله عن هذه المسألة فقال: هذا شيخ قريش فاسأله، يعني عبد الله بن علي بن السائب، فسأله فقال عبد الله: اللهم قذراً ولو كان حلالاً، انتهى. وقد اختلف فيه على عبد الله بن علي بن السائب، فرواه النسائي من طريق ابن وهب عن سعيد بن أبي هلال عن عبد الله بن علي بن السائب، عن حصين بن محصن عن هرمي بن عبد الله عن خزيمة ابن ثابت، ومن طريق هرمي أخرجه أحمد [٢/ ٢١٣ ـ ٢١٤ ـ ٢١٥] والنسائي وابن حبان [١٢٩٩ ـ ١٣٠٠] وهرمي لا يعرف حاله أيضاً، وقد قال الشافعي غلط ابن عيينة في إسناد حديث خزيمة، يعني حيث رواه، وقال البزار: لا أعلم في الباب حديثاً صحيحاً لا في الحظر ولا في الإطلاق، وكلما روى فيه عن خزيمة بن ثابت من طريق فيه فغير صحيح، انتهى. وكذا روى الحاكم عن الحافظ أبي علي النيسابوري، ومثله عن النسائي، وقاله قبلهما البخاري.

(١) سقط في ز.

(٢) أخرجه أحمد [٩٧٣١] وأبو داود [٢١٦٢] وبقية أصحاب السنن ابن ماجة [١٩٢٤]، الترمذي [١٣٥] من طريق سهيل بن أبي صالح عن الحارث بن مخلد عن أبي هريرة مرفوعاً، لفظ أبي داود والنسائي وابن ماجة: لا ينظر الله يوم القيامة إلى رجل أتى امرأته في دبرها. وأخرجه البزار وقال: الحارث بن مخلد ليس بمشهور، وقال ابن القطان: لا يعرف حاله، وقد اختلف فيه على سهيل، فرواه إسماعيل بن عياش عنه عن محمد بن المنكدر، عن جابر أخرجه الدارقطني وابن شاهين، ورواه عمر مولى غفرة عن سهيل عن أبيه، عن جابر أخرجه ابن عدي وإسناده ضعيف، ولحديث أبي هريرة طريق أخرى أخرجها أحمد والترمذي من طريق حماد بن سلمة، عن حكيم الأثرم عن أبي تميمة عن أبي هريرة بلفظ: من أتى حائضاً، أو امرأة في دبرها، أو كاهناً فصدقه فيما يقول، فقد كفر بما أنزل على محمد، قال الترمذي: غريب لا نعرفه إلا من حديث حكيم، وقال البخاري لا يعرف لأبي تميمة سماع من أبي هريرة، وقال البزار: هذا حديث منكر، وحكيم

. . . .

= لا يحتج به وما انفرد به فليس بشيء، وله طريق ثالث أخرجها النسائي من رواية الزهري عن أبي سلمة عن أبي هريرة، قال حمزة الكناني الراوي عن النسائي: هذا حديث منكر، ولعل عبد الملك بن محمد الصنعاني سمعه من سعيد بن عبد العزيز بعد اختلاطه، قال: وهو باطل من حديث الزهري والمحفوظ عن الزهري عن أبي سلمة أنه كان ينهي عن ذلك، انتهى. وعبد المالك قد تكلم فيه دحيم وأبو حاتم وغيرهما، وله طريق رابعة أخرجها النسائي أيضاً من طريق بكر بن خنيس عن ليث عن مجاهد عن أبي هريرة بلفظ: من أتى شيئاً من الرجال أو النساء في الأدبار، فقد كفر، وبكر وليث ضعيفان، وقد رواه الثوري عن ليث بهذا السند موقوفاً، ولفظه: إتيان الرجال والنساء في أدبارهم كفر، وكذا أخرجه أحمد عن إسماعيل عن ليث، والهيثم بن خلف في كتاب ذم اللواط من طريق محمد بن فضيل عن ليث، وفي رواية: من أتى امرأته في دبرها فتلك كفرة، وله طريق خامسة رواها عبد الله بن عمر بن أبان عن مسلم بن خالد الزنجي، عن العلاء عن أبيه عن أبي هريرة بلفظ: ملعون من أتى النساء في أدبارهن، ومسلم فيه ضعف، وقد رواه يزيد بن أبي حكيم عنه موقوفاً، وفي الباب عن ابن عباس أخرجه الترمذي والنسائي وابن حبان وأحمد والبزار، من طريق كريب عن ابن عباس، قال البزار: لا نعلمه يروى عن ابن عباس بإسناد أحسن من هذا، تفرد به أبو خالد الأحمر عن الضحاك بن عثمان، عن مخرمة بن سليمان عن كريب، وكذا قال ابن عدي، ورواه النسائي عن هناد عن وكيع عن الضحاك موقوفاً، وهو أصح عندهم من المرفوع، وعن ابن عباس طريق أخرى موقوفة رواها عبد الرزاق عن معمر عن ابن طاوس عن أبيه: أن رجلاً سأل ابن عباس عن إتيان المرأة في دبرها، فقال: تسألني عن الكفر، وأخرجه النسائي من رواية ابن المبارك عن معمر وإسناده قوي، وسيأتي له طريق أخرى بعد قليل، وفي الباب أيضاً عن علي بن طلق أخرجه الترمذي والنسائي وابن حبان بلفظ: إن الله لا يستحي من الحق، لا تأتوا النساء في أعجازهن، وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أخرجه أحمد بلفظ: سئل عن الرجل يأتي المرأة في دبرها، فقال: هي اللوطية الصغرى، وأخرجه النسائي أيضاً وأعله، والمحفوظ عن عبد الله بن عمرو من قوله، كذا أخرجه عبد الرزاق غيره، وعن أنس أخرجه الإسماعيلي في معجمه، وفيه يزيد الرقاشي وهو ضعيف، وعن أبي بن كعب في جزء الحسن بن عرفة بإسناد ضعيف جداً، وعن ابن مسعود عند ابن عدي بإسناد واهي، وعن عقبة بن عامر عند أحمد وفيه ابن لهيعة، وعن عمر أخرجه النسائي والبزار، من طريق زمعة ابن صالح عن ابن طاوس عن أبيه عن ابن الهاد عن عمر، وزمعة ضعيف، وقد اختلف عليه في وقفه ورفعه، قوله: وحكى ابن عبد الحكم عن الشافعي أنه قال: لم يصح عن رسول الله ﷺ في تحريمه ولا في تحليله شيء، والقياس أنه حلال، قلت: هذا سمعه ابن أبي حاتم من محمد، وكذلك الطحاوي، وأخرجه عنه ابن أبي حاتم في مناقب الشافعي له، وأخرجه الحاكم في مناقب الشافعي عن الأصم عنه، وأخرجه الخطيب عن أبي سعيد بن موسى عن الأصم، وروى الحاكم عن نصر بن محمد المعدل عن محمد بن القاسم بن شعبان الفقيه، قال ثنا الحسن بن عياض ومحمود بن أحمد بن حماد قالا نا محمد بن عبد الله يعنيان ابن عبد الحكم، قال: قال الشافعي كلاماً كلم به محمد بن الحسن في مسألة إتيان المرأة في دبرها، قال: سألني محمد بن الحسن، فقلت له: إن كنت تريد المكابرة، وتصحيح الروايات وإن لم تصح، فأنت أعلم، وإن تكلمت بالمناصفة كلمتك، قال: على المناصفة، قلت: فبأي شيء حرمته، قال بقول الله عزّ وجلّ:

يَصِحّ عن النَّبِيِّ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ فِي تَحْرِيمِهِ وَلاَ تَحْلِيلِهِ شَيْءٌ» والقياسُ أنه حلالٌ، قال الربيع: كَذِبَ والَّذي لا إله إلا هو قد نصَّ الشافعيُّ على تحريمه في ستِّ كتُب، هذا هو الصحيح، وفي «شرح مختصر الجويني»: أن بعْضَهم أقام ما رواه قولاً، ورُوِي عن مالك ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ تحليلَهُ، وأصحابه العراقيُّون لم يثبتوا الرواية، ثم الإتيان في الدُّبُر كالإتيان في القُبُل، في أكثر الأحكام، كفساد العبادة به، ووجُوبِ الغُسْل من الجانبَيْن، ووجوبِ الكفَّارة، في الحجِّ والصوم وغيرهما، لكن لا يحصل به التحليلُ للزوْجِ الأول؛ احتياطاً للتحليل، وأيضاً فقد قال ـ عليه السلام ـ: «لا حَتَّى تَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ وَيَذُوقَ عُسَيْلَتَكِ»[1] وههنا لا يحصل من جهتها ذوق العُسَيْلَة، قال الإمام: وقد حُكِيَ قولٌ؛ أن التحليلَ يحْصُل بالإصابة في النِّكاح الفاسد، فكان يبْعُد أن يلحق الإتيان في هذا المأتَى في النكاح الصحيح بالإِتْيَان في المأتى المستقيم في النِّكَاح

= ﴿فأتوهن من حيث أمركم الله﴾ وقال: ﴿فأتوا حرثكم أنى شئتم﴾ والحرث لا يكون إلا في الفرج، قلت: أفيكون ذلك محرماً لما سواه، قال: نعم، قلت: فما تقول: لو وطئها بين ساقيها، أو في إعكانها أو تحت إبطها أو أخذت ذكره بيدها، أفي ذلك حرث؟ قال: لا، قلت: أفيحرم ذلك؟ قال: لا، قلت. فلم تحتج بما لا حجة فيه؟ قال: فإن الله قال: ﴿والذين هم لفروجهم حافظون﴾ الآية، قال فقلت له: إن هذا مما يحتجون به للجواز، إن الله أثنى على من حفظ فرجه من غير زوجته، وما ملكت يمينه، فقلت: أنت تتحفظ من زوجته ومما ملكت يمينه قال الحاكم: لعل الشافعي كان يقول بذلك في القديم، فأما في الجديد فالمشهور أنه حرمه، قوله: قال الربيع: كذب والله الذي لا إله إلا هو، قد نص الشافعي على تحريمه في ستة كتب، هذا سمعه أبو العباس الأصم من الربيع، وحكاه عنه جماعة منهم الماوردي في الحاوي، وأبو نصر بن الصباغ في الشامل، وغيرهما وتكذيب الربيع لمحمد لا معنى له، لأنه لم ينفرد بذلك، فقد تابعه عبد الرحمن بن عبد الله أخوه عن الشافعي، أخرجه أحمد بن أسامة بن أحمد بن أبي السمح المصري عن أبيه، قال: سمعت عبد الرحمن فذكر نحوه عن الشافعي، وأخرج الحاكم عن الأصم عن الربيع، قال مال الشافعي: قال الله ﴿نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم﴾ احتملت الآية معنيين: أحدهما أن تؤتى المرأة من حيث شاء زوجها، لأن أنى شئتم، يأتي بمعنى أين شئتم، ثانيهما أن الحرث إنما يراد به النبات في موضعه دون ما سواه. فاختلف أصحابنا في ذلك، وأحسب كلا من الفريقين تأولوا ما وصفت من احتمال الآية، قال: فطلبنا الدلالة من السنة، فوجدنا حديثين مختلفين، أحدهما ثابت وهو حديث خزيمة في التحريم، قال: فأخذنا به، قوله: وفي مختصر الجويني أن بعضهم أقام ما رواه أي ابن عبد الحكم قولاً، انتهى. وإن كان كذلك فهو قول قديم، وقد رجع عنه الشافعي كما قال الربيع، وهذا أولى من إطلاق الربيع تكذيب محمد بن عبد الله بن عبد الحكم، فإنه لا خلاف في ثقته وأمانته، وإنما اغتر محمد بكون الشافعي قص له القصة التي وقعت له بطريق المناظرة بينه وبين محمد بن الحسن، ولا شك أن العالم في المناظرة يتقذر القول وهو لا يختاره، فيذكر أدلته إلى أن ينقطع خصمه، وذلك غير مستنكر في المناظرة والله أعلم قاله الحافظ في التلخيص.

(١) تقدم.

الفاسد، ولا يَحْصُل به الإحصان؛ لأنه فضيلة، فلا يثبت إلا بوطءٍ كاملٍ، ولا تحصُلُ به الفيئة في الإيلاء، ولا يزول به عنه حكم العُنَّة، وفيهما وجْهٌ ضعيفٌ، وهل يثبت به النَّسَب؟ فيه وجهان:

أصحُّهما: نعم، لأنه قد يَسْبِق الماء إلى الرَّحِم من غير شعور به، وإنما يظهر الوجهان فيما إذا أتى السيِّدُ أمَتَه في هذا المأتى، أو فرض ذلك في النكاح الفَاسِد، فأما في النكاح الصحيح، فإمكان الوطء كافٍ في ثبوت النسب، ويستقر به المسمَّى في النكاح الصحيح على أصح الوجهَيْن؛ لأنه وطءٌ في محل الاستمتاع، ومنهم مَنْ قطع به، كما يقْطَع بوجوب مهر المثل به في النكاح الفاسد، وإذا قلْنا بالوجه الثاني؛ وهو ألاَّ يستقر به المسمَّى، فقد قال أبو عبد الله الحَنَّاطِيُّ: [و] يجب لها مهْرُ المثل، وينظر بعد ذلك، إن وَطِئَها، فلها المسمَّى وترد مهْر المثل، وفيه وجْهٌ أنَّ لها المسمَّى ومهر المثل، وإن لم يطأها، وطلَّقها، فقد حصل لها مهْر المثل، وللزوج عندها المسمَّى، فإن كانا من جنْس واحد، جرى أقوال التقاصِّ، [وهذا كلام مظلمٌ لا يعتدي إليه][1] وإذا أوجبنا الحد في اللواط، فإذا أتى أمته أو منكوحته في غير المأتى، فالصحيح: أنه لا يتعلق به الحدُّ[2] لوقوعه في المملوك الذي هو محلُّ الاستمتاع، وفيه وجْه: أنه يجب الحدُّ، وقَرُب ذلك من القول المنقولِ في وُجُوب الحدِّ، إذا وطيء أمته المحرَّمة عليه، وفي استنطاق المصابة في غيْر المأتى وجهان قدَّمْنَاهما، والأصحُّ؛ أنه لا يشترط في تزويجها؛ لبقاءِ العذرة، وتجب به العِدَّة، كما يجب الغسل والكفارة، وسائر ما فيه تغليظٌ، ونَقَلَ أبو الحسن العَبَّاديُّ فيه وجهاً آخر، ويثبت به الرجعة، كما يثبت النسبُ، ويتقرَّر المهر، وفي الرجْعة وجهٌ آخرُ، كما في صورَتَي الاستشهادِ، وهلْ تثبت به حرمةُ المُصَاهرة؟ فيه وجهان مذْكوران في «التهذيب» وغيره:

أصحُّهما: الثبوت، لأنه أعظَمُ من المفاخَذَة والتقبيل واللَّمْس بالشَّهوة، وهي تثبت حرمة المصاهرة في قول قوي ويجوز التلذُّذ بما بين الأَلْيَتَيْنِ، والإيلاج في القبل

---

(١) قال النووي: الذي يقتضيه كلام الأصحاب، إنا إذا قلنا: لا يستقر المسمى، لا يجب أيضاً مهر المثل، وهذا الذي ذكره الحناطي مظلم كما قال الرافعي، وعجبٌ قوله: وإذا طلقها قبل الدخول، له عليها المسمى، وقد علم أن الطلاق قبل الدخول يشطر المسمى.

(٢) قال النووي: قال أصحابنا: حكم الوطء في الدبر كالقبل إلا في سبعة أحكام: التحليل، والتحصين، والخروج من الفيأة، والتعنين، وتغير إذن الكبر. والسادس، أن الدبر لا يحل بحال، والقبل يحل في الزوجة والمملوكة. والسابع: إذا جومعت الكبيرة في دبرها، فاغتسلت ثم خرج مني الرجل من دبرها، لم يجب غسل ثان، بخلاف القبل، فقد يجيء في بعض المسائل وجه ضعيف، ولكن المعتمد ما ذكرناه. والله أعلم.

من جانب الدبر، ويجوز أن يُعْلَم من لفظ الكتاب قوله: «إلاَّ الإتيان في الدُّبُر» بالميم، لما روي عن مالك ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ[1] وقوله: «وتقرير» المسمى بالواو لقطع من قطع بالتقرير.

---

(١) قال الحافظ أصحابه العراقيون لم يثبتوا الرواية، انتهى قرأت في رحلة ابن الصلاح أنه نقل ذلك من كتاب المحيط للشيخ أبي محمد الجويني قال: وهو مذهب مالك وقد رجع متأخرو أصحابه عن ذلك، وأفتوا بتحريمه، إلا أن مذهبه أنه حلال، قال: وكان عندنا قاضٍ يقال له أبو واثلة وكان يرى بجوازه، فرفعت إليه امرأة وزوجها واشتكت منه أنه يطلب منها ذلك، فقال: قد ابتليت، وقال القاضي أبو الطيب في تعليقه: نص في كتاب السر عن مالك على إباحته، ورواه عنه أهل مصر وأهل المغرب، قلت: وكتاب السر وقفت عليه في كراسة لطيفة من رواية الحارث ابن مسكين عن عبد الرحمن بن القاسم عن مالك، وهو يشتمل على نوادر من المسائل، وفيها كثير مما يتعلق بالخلفاء، ولأجل هذا سمي كتاب السر، وفيه هذه المسألة، وقد رواه أحمد بن أسامة التجيبي وهذبه ورتبه على الأبواب، وأخرج له أشباهاً ونظائر في كل باب، وروى فيه من طريق معن بن عيسى سألت مالكاً عنه فقال: ما أعلم فيه تحريماً، وقال ابن رشد في كتاب البيان والتحصيل في شرح العتبية: روى العتبي عن ابن القاسم عن مالك أنه قال له وقد سأله عن ذلك مخلياً به، فقال: حلال ليس به بأس، قال ابن القاسم: ولم أدرك أحداً أقتدي به في دين يشك فيه، والمدنيون يروون الرخصة عن النبي ﷺ، يشير بذلك إلى ما روي عن ابن عمر وأبي سعيد، أما حديث ابن عمر: فله طرق رواه عنه نافع وعبيد الله بن عبد الله بن عمر وزيد بن أسلم وسعيد ابن يسار وغيرهم، أما نافع، فاشتهر عنه من طرق كثيرة جداً، منها رواية مالك وأيوب وعبيد الله ابن عمر العمري، وابن أبي ذئب وعبد الله بن عون وهشام بن سعد، وعمر بن محمد بن زيد وعبد الله بن نافع وأبان بن صالح، وإسحاق بن عبد الله بن أبي فروة، قال الدارقطني: في أحاديث مالك التي رواها خارج الموطإ نا أبو جعفر الأسواني المالكي بمصر نا محمد بن أحمد ابن حماد نا أبو الحارث أحمد بن سعيد الفهري نا أبو ثابت محمد بن عبيد الله حدثني الدراوردي، عن عبيد الله بن عمر بن حفص عن نافع، قال قال لي ابن عمر: أمسك على المصحف يا نافع، فقرأ حتى أتى على هذه الآية ﴿نساؤكم حرث لكم﴾ فقال: تدري يا نافع فيمن أنزلت هذه الآية؟ قال: قلت: لا، قال: فقال لي في رجل من الأنصار أصاب امرأته في دبرها، فأعظم الناس ذلك، فأنزل الله تعالى: ﴿نساؤكم حرث لكم﴾ الآية، قال نافع، فقلت لابن عمر: من دبرها في قبلها؟ قال: لا، إلا في دبرها، قال أبو ثابت وحدثني به الدراوردي عن مالك وابن أبي ذئب وفيهما عن نافع مثله، وفي تفسير البقرة من صحيح البخاري نا إسحاق أنا النضر أنا ابن عون عن نافع قال: كان ابن عمر إذا قرأ القرآن لم يتكلم حتى يفرغ منه، قال: فأخذت عليه يوماً فقرأ سورة البقرة حتى انتهى إلى مكان، فقال: تدري فيم أنزلت، فقلت: لا، قال: نزلت في كذا وكذا، ثم مضى، وعن عبد الصمد حدثني أبي يعني عبد الوارث حدثني أيوب عن نافع عن ابن عمر في قوله تعالى: ﴿نساؤكم حرث لكم﴾، قال: يأتيها في، قال: ورواه محمد بن يحيى بن سعيد عن أبيه عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر هكذا وقع عنده، والرواية الأولى في تفسير إسحاق بن راهويه مثل ما ساق، لكن عين الآية وهي ﴿نساؤكم حرث لكم﴾ وغير قوله كذا وكذا فقال: نزلت في إتيان النساء في أدبارهن، وكذا رواه الطبري من طريق ابن علية عن ابن عون، وأما رواية عبد الصمد فهي في تفسير إسحاق أيضاً عنه، وقال فيه: يأتيها في الدبر، وأما =

. . . .

= رواية محمد: فأخرجها الطبراني في الأوسط عن علي بن سعيد عن أبي بكر الأعين، عن محمد ابن يحيى بن سعيد بلفظ: إنما نزلت ﴿نساؤكم حرث لكم﴾ رخصة في إتيان الدبر، وأخرجه الحاكم في تاريخه من طريق عيسى بن مثرود عن عبد الرحمن بن القاسم، ومن طريق سهل بن عمار عن عبد الله بن نافع، ورواه الدارقطني في غرائب مالك من طريق زكريا الساجي عن محمد ابن الحارث المدني عن أبي مصعب، ورواه الخطيب في الرواة عن مالك من طريق أحمد بن الحكم العبدي، ورواه أبو إسحاق الثعلبي في تفسيره، والدارقطني أيضاً من طريق إسحاق بن محمد الفروي، ورواه أبو نعيم في تاريخ أصبهان من طريق محمد بن صدقة الفدكي كلهم عن مالك، قال الدارقطني: هذا ثابت عن مالك، وأما زيد بن أسلم فروى النسائي والطبري من طريق أبي بكر بن أبي أويس عن سليمان بن بلال عنه، عن ابن عمر: أن رجلاً أتى امرأته في دبرها على عهد رسول الله ﷺ، فوجد من ذلك وجداً شديداً، فأنزل الله عزّ وجلّ: ﴿نساؤكم حرث لكم﴾ الآية، وأما عبيد الله بن عبد الله بن عمر: فروى النسائي من طريق يزيد بن رومان عنه: أن ابن عمر كان لا به بأساً، موقوف، وأما سعيد بن يسار: فروى النسائي والطحاوي والطبري من طريق عبد الرحمن بن القاسم، قال: قلت لمالك. إن عندنا بمصر الليث بن سعد يحدث عن الحارث بن يعقوب عن سعيد بن يسار، قال: قلت لابن عمر: إنا نشتري الجواري فنحمض لهن، والتحميض الإتيان في الدبر، فقال: أف أو يفعل هذا مسلم، قال ابن القاسم: فقال لي مالك أشهد على ربيعة لحدثني عن سعيد بن يسار أنه سأل ابن عمر عنه، فقال: لا بأس به، وأما حديث أبي سعيد: فروى أبو يعلى وابن مردويه في تفسيره، والطبري والطحاوي من طرق، عن عبد الله بن نافع عن هشام بن سعد، عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار، عن أبي سعيد الخدري: أن رجلاً أصاب امرأة في دبرها، فأنكر الناس ذلك عليه، وقالوا ثفرها، فأنزل الله عزّ وجلّ ﴿نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم﴾ ورواه أسامة بن أحمد التجيبي من طريق يحيى بن أيوب، عن هشام بن سعد ولفظه: كنا نأتي النساء في أدبارهن، ويسمى ذلك الإثفار، فأنزل الله الآية، ورواه من طريق معن بن عيسى عن هشام، ولم يسم أبا سعيد قال: كان رجال من الأنصار، قلت: وقد أثبت ابن عباس الرواية في ذلك عن ابن عمر، وأنكر عليه في ذلك، وبين أنه أخطأ في تأويل الآية، فروى أبو داود من طريق محمد بن إسحاق عن أبان بن صالح عن مجاهد، عن ابن عباس قال: إن ابن عمر والله يغفر له أوهم، إنما كان هذا الحي من الأنصار وهم أهل وثن، مع هذا الحي من يهود وهم أهل كتاب، وكانوا يرون لهم فضلاً عليهم من العلم، فكانوا يقتدون بكثير من فعلهم، وكان من أمر أهل الكتاب لا يأتون النساء إلا على حرف، وذلك أستر ما تكون المرأة، فكان هذا الحي من الأنصار قد أخذوا بذلك من فعلهم، وكان هذا الحي من قريش يشرحون النساء شرحاً منكراً، ويتلذذون منهن مقبلات ومدبرات ومستلقيات، فلما قدم المهاجرون المدينة تزوج رجل امرأة من الأنصار، فذهب يصنع بها ذلك، فأنكرته عليه، وقالت: إنما كنا نؤتى على حرف، فاصنع ذلك إلا فاجتنبني، فسرى أمرهما حتى بلغ ذلك رسول الله ﷺ، فأنزل الله: ﴿نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم﴾ أي مقبلات ومدبرات ومستلقيات يعني بذلك موضع الولد، وله شاهد من حديث أم سلمة، قال الإمام أحمد نا عفان نا وهيب نا عبد الله بن عثمان بن خثيم، عن عبد الرحمن بن سابط قال: دخلت على حفصة ابنة عبد الرحمن فقلت: إني سائلك عن أمر، وأنا أستحيي أن أسألك، قالت: فلا تستحي =

. . . .

= يا ابن أخي، قال: عن إتيان النساء، وكانت اليهود تقول: إنه من جبى امرأته كان ولده أحول، فلما قدم المهاجرون المدينة نكحوا في نساء الأنصار فجبوهن فأبت امرأة أن تطيع زوجها، وقالت: لن نفعل ذلك، حتى أتى رسول الله ﷺ، فدخلت على أم سلمة فذكرت لها ذلك، فقالت: اجلسي حتى يأتي رسول الله ﷺ فلما جاء رسول الله ﷺ استحيت الأنصارية أن تسأله، فخرجت، فحدثت أم سلمة رسول الله فقال: ادع الأنصارية: فدعيت فتلا عليها هذه الآية، ﴿نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم﴾ صماماً واحداً.

تنبيه: روى النسائي من طريق بكر بن مضر عن يزيد بن الهاد عن عثمان بن كعب القرظي عن محمد بن كعب القرظي: أن رجلاً سأله عن المرأة تؤتى في دبرها فقال: إن ابن عباس كان يقول: اسق حرثك من حيث نباته، كذا في بعض النسخ، وفي بعضها من حيث شئت، وكذا رواه أبو الفضل بن حنزابة عن محمد بن موسى المأموني عن النسائي، والأول أشبه بمذهب ابن عباس، وروى جابر: أن سبب نزول الآية المذكورة، أن اليهود كانت تقول: إذ أتى الرجل امرأته من خلفها في قبلها، جاء الولد أحول، فأنزلها الله تعالى، أخرجه الشيخان في الصحيحين وغيرهما، وفي رواية آدم عن شعبة عن محمد بن المنكدر، سمعت جابر بن عبد الله يقول في قول الله عزّ وجلّ: ﴿فأتوا حرثكم أنى شئتم﴾ قال: قالت اليهود: إذا أتى الرجل امرأته باركة، كان الولد أحول، فأكذبهم الله عزّ وجلّ فأنزل: ﴿نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم﴾ يقول: كيف شئتم في الفرج، يريد بذلك موضع الولد للحرث، يقول: ائت الحرث كيف شئت، ومن قوله يقول كيف شئتم، يحتلم أن يكون من ذلكم جائزاً ومن دونه.

فائدة: ما تقدم نقله عن المالكية، لم ينقل عن أصحابهم إلا عن ناس قليل، قال القاضي عياض: كان القاضي أبو محمد عبد الله بن إبراهيم الأصيلي يجيزه ويذهب فيه إلى أنه غير محرم، وصنف في إباحته محمد بن سحنون ومحمد بن شعبان، ونقلاً ذلك عن جمع كثير من التابعين، وفي كلام ابن العربي والمازري ما يومي إلى جواز ذلك أيضاً، وحكى بن بزيرة في تفسيره عن عيسى ابن دينار أنه كان يقول: هو أحل من الماء البارد، وأنكره كثير منهم أصلاً، وقال القرطبي في تفسيره وابن عطية قبله: لا ينبغي لأحد أن يأخذ بذلك، ولو ثبتت الرواية فيه لأنها من الزلات، وذكر الخليلي في الإرشاد عن ابن وهب أن مالكاً رجع عنه، وفي مختصر ابن الحاجب عن ابن وهب عن مالك إنكار ذلك، وتكذيب من نقله عنه، لكن الذي روى ذلك عن ابن وهب غير موثوق به، والصواب ما حكاه الخليلي، فقد ذكر الطبري عن يونس بن عبد الأعلى عن ابن وهب عن مالك أنه أباحه، روى الثعلبي في تفسيره من طريق المزني قال: كنت عند ابن وهب وهو يقرأ علينا رواية مالك فجاءت هذه المسألة، فقام رجل فقال: يا أبا محمد ارو لنا ما رويت، فامتنع أن يروي لهم ذلك، وقال: أحدكم يصحب العالم، فإذا تعلم منه لم يوجب له من حقه ما يمنعه من أقبح ما يروى عنه، وأبى أن يروي ذلك، روي عن مالك كراهته، وتكذيب من نقله عنه من وجه آخر، أخرجه الخطيب في الرواة عن مالك من طريق إسماعيل بن حصن عن إسرائيل بن روح، قال: سألت مالكاً عنه، فقال: ما أنتم قوم عرب، هل يكون الحرث إلا موضع الزرع؟ قلت: يا أبا عبد الله إنهم يقولون ذلك، قال: يكذبون علي، والعهدة في هذه الحكاية على إسماعيل فإنه واهي الحديث، وقد روينا في علوم الحديث للحاكم قال نا أبو العباس محمد بن يعقوب نا العباس بن الوليد البيروتي نا أبو عبد الله بشر بن بكر، سمعت الأوزاعي يقول: يجتنب أو يترك =

وقوله: «ولم يختلفوا» إلى آخره يقتضي القطع بوجوب العدة وثبوت حرمة المصاهرة، لكن الخلاف ثابت فيهما، كما عرفت، فإما أن يُحْمَلَ ما ذكره على طريقة أخرى، وإما أن يتأول.

المسألة الثانية: العزل أن يجامع، فإذا جاء وقْتُ الإنزال، نزع، فأنزل خارج الفَرْج، والأَوْلَى تركه على الإطلاق، وأطلق في «المهذب» أنه مكروه، ولا خلاف في جوازه في السُّريَّة صيانةً للملك، وفي الحرَّةِ المنكوحةِ طريقان:

إحداهما: أنها إنْ لم تأذَنْ، لم يُجْز، لما رُوِيَ عن ابن مسْعُود ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ وابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أنهما قالا: «تُسْتَأْذَنُ الْحُرَّةُ فِي العَزْلِ»[1] وَإِنْ أَذِنَتْ، فوجهان:

أحدهما: المنع أيضاً؛ لما رُوِيَ عن النَّبِيِّ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ أَنَّه قَالَ فِي الْعَزْلِ «إِنَّهُ الْوَأْدُ الْخَفِيُّ»[2].

= من قول أهل الحجاز خمس، ومن قول أهل العراق خمس، من أقوال أهل الحجاز: استماع الملاهي، والمتعة. وإتيان النساء في أدبارهن، والصرف، والجمع بين الصلاتين بغير عذر، ومن أقوال أهل العراق: شرب النبيذ، وتأخير العصر حتى يكون ظل الشيء أربعة أمثاله، ولا جمعة إلا في سبعة أمصار، والفرار من الزحف، والأكل بعد الفجر في رمضان، وروى عبد الرزاق عن معمر قال: لو أن رجلاً أخذ بقول أهل المدينة: في استماع الغناء، وإتيان النساء في أدبارهن، ويقول أهل مكة: في المتعة، والصرف، وبقول أهل الكوفة: في المسكر، كان شر عباد الله، وقال أحمد بن أسامة التجيبي نا أبي سمعت الربيع بن سليمان الجيزي يقول: أنا أصبغ قال: سئل ابن القاسم عن هذه المسألة وهو في الجامع، فقال: لو جعل لي ملء هذا المسجد ذهباً ما فعلته، قال ونا أبي سمعت الحارث بن مسكين يقول: سألت ابن القاسم عنه فكرهه لي، قال: وسأله غير فقال: كرهه مالك.

(١) قال الحافظ: أما أثر ابن مسعود: فرواه ابن أبي شيبة من طريق يحيى بن أبي كثير عن سوار الكوفي عنه، قال: تستأمر الحرة، ويعزل عن الأمة، وأما أثر ابن عباس: فرواه عبد الرزاق والبيهقي [٧/ ٢٣٠] من طريق عطاء عنه، قال: نهى عن عزل الحرة، إلا بإذنها، ورواه ابن أبي شيبة من طريق ابن أبي مليكة عنه: أنه كان يعزل عن أمته، وفيه عن ابن عمر أنه قال: يعزل عن الأمة، ويستأذن الحرة، وعن عمر مثله، رواهما البيهقي، وفيه ابن لهيعة وهو معروف، وروي مرفوعاً أخرجه ابن ماجة من طريق المحرر بن أبي هريرة عن أبيه، عن عمر أن النبي ﷺ نهى عن أن يعزل عن الحرة إلا بإذنها، وفيه ابن لهيعة، قال الدارقطني في العلل: وهم فيه، والصواب عن الزهري عن حمزة عن عمر، ليس فيه ابن عمر.

(٢) أخرجه مسلم [١٤٤٢] من رواية جدامة بنت وهب في حديث، والظاهر أنه منسوخ، فقد روى أصحاب السنن من حديث أبي سعيد قال: قيل لرسول الله ﷺ: إن اليهود زعموا أن العزل الموءودة الصغرى، فقال: كذبت يهود، لو أراد الله أن يخلقه لم يستطع أن يصرفه، ونحوه للنسائي عن جابر، وعن أبي هريرة، وجزم الطحاوي بكونه منسوخاً وتعقب، وعكسه ابن حزم.

والثاني: الجواز؛ لما رُوِيَ عَنْ جَابِرٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ قَالَ: «كُنَّا نَعْزِلُ، فَبَلَغَ ذَلِكَ النَّبِيَّ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ فَلَمْ يَنْهَنَا»(١).

وأظهرهما: أنه يجوز، إن رضيت لا محالَة، وإلاَّ، فوجهان:

أحدهما: المنعُ، لكيلا يتنغص عليهما الاستمتاعُ.

والثاني: الجواز؛ لأن حقَّها في الوطء دون الإنزال؛ ألا تَرَى أنه يقطع المطالبة في دعْوَى العُنَّة بمجرَّد الوطء، وهذا أصحُّ عند صاحب الكتاب، وإن كانتِ المنكوحةُ أمةً، فإن جوَّزنا العزل في حق الحُرَّة، ففي حقِّها أولَى، وإن منعناه في حقها، فوجهان:

أحدهما: أنها مستفرشةٌ بالنكاح صاحبةُ حقٍّ في الاستمتاع، فتكون كالحرَّة.

وأصحُّهما: الجوازُ تحُرزاً عن رِقِّ الولد، وإذا اختصَرْتَ، قلتَ: في [العزْلِ](٢) أوجهٌ: الجوازُ المطلق، [و] تخصيص الجواز بالأمة، [و] تخصيص الجواز بحالة الإِذْن، وهذه الثلاثةُ مذكورةٌ في الكتاب.

والرابع: المنْعُ المطْلَقُ.

والمستولدة، رتَّبها المرتِّبون على المنكوحة الرقيقة، وهذه أولَى بالمنع؛ لأنَّ الولد حرٌّ، وآخرون على الحُرَّة والمستولدة أَوْلَى بالجواز؛ لأنَّها ليْسَتْ راسخةً في الفراش، ولهذا لا تستحقُّ القسم، وهذا أظهر، قال الإِمام ـ قدس اللَّهُ رُوحَهُ ـ: وحيث قلْنا بالتحريم، فَذَاكَ، إذا نزع على قصْدِ، أن يقع الإِنزالُ خارجاً؛ تحرُّزاً عن الولد، فأمَّا إذا عنَّ، له أنْ ينزع لا علَى هذا القصد، فيجب القَطْع بأنه لا يحْرُم.

هذا شرح ما يشتمل عليه الكلام في الفصل.

المسألة الثالثة: الاستمناءُ باليَدِ، نُقِلَ عن أَحْمَدَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ الترخيصُ فيه، وذكر القاضي ابن كج أنَّ فيه توقفاً في القَدِيم، والمذْهبُ الظاهرُ تحريمُه؛ لما رُوِيَ أَنَّهُ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ قَالَ: «مَلْعُونٌ مَنْ نَكَحَ يَدَهُ»(٣) واحتج له أيضاً بقوله تعالَى: **﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلاَّ عَلَى أَزْوَاجِهِمْ﴾** إلَى قوله: **﴿فَمَنِ ابْتَغَى وَرَاءِ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ﴾** [المؤمنون: ٧] وهذا مما وراء ذلك، ويجوز أن يَسْتَمنِيَ بيد

---

(١) مسلم باللفظ المذكور، بلفظ: أخرجه البخاري [٥٢٠٧ ـ ٥٢٠٨ ـ ٥٢٠٩]، مسلم [١٤٤٠] بلفظ: كنا نعزل، والقرآن ينزل.

(٢) في ز: القول.

(٣) ذكره الأزدي في الضعفاء، وابن الجوزي من طريق الحسن بن عرفة في جزءه المشهور، من حديث أنس بلفظ: سبعة لا ينظر الله إليهم، فذكر منهم، الناكح يده، وإسناده ضعيف، ولأبي الشيخ في كتاب الترهيب من طريق أبي عبد الرحمن الحبلي، وكذلك رواه جعفر الفريابي من حيث عبد الله بن عمرو وفيه ابن لهيعة وهو ضعيف.

زَوْجَتِهِ وَأَمَتِهِ، كما يستمتع بسائر بدَنِها، ذكَره في «التتمة» وحكاه القاضي الرُّويَانِيُّ في «التجربة» والله أعلم.

المسألة الرابعة: القول في تحريم الوطء بالحَيْض والنِّفاس، وفي تحريم سائر الاستمتاعات على ما مَرَّ في الحيض، وعن أبي عُبَيْد بن حَرْبَوْيهِ فيما نقل القاضي ابنُ كَجٍّ: أنه يتجنَّب الحائض في جميع بَدنِها؛ لظاهر قوله تعالَى: ﴿فَٱعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ﴾[1] [البقرة: ٢٢٢].

ولا بأس بأنْ يطُوف على إمائه بغسلٍ واحدٍ، نعم، يُستحبُّ أن يخلِّل بين كل وَطْئَتَيْنِ وضوءاً أو غسل فرج، كما ذكَرْنا في «الطهارات» ولا يتأتَّى ذلك في المنكوحات[2] إلا بإذنهن، لأنَّ القسْم واجبٌ فيهن، ولا يجوز أن يأتي أخرَى في نوبة واحدةٍ إلا بإذنها، وما رُوِيَ أَنَّهُ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ: «كَانَ يَطُوفُ عَلَى نِسَائِهِ بِغُسْلٍ وَاحِدٍ»[3] محمولٌ عند من قال: كان القَسْمُ واجباً عليه على أنَّهن كُنَّ أَحْلَلْنَه، ومن قال:

---

(١) قال النووي: هذا الوجه غلط فاحش، يخالف الأحاديث الصحيحة المشهورة كقوله ﷺ: «اصنعوا كل شيء سوى النكاح» وأنه ﷺ: كان يباشر الحائض فوق الإزار فقد خالف قائله إجماع المسلمين. والله أعلم.
والحديث (أخرجه مسلم ١/٢٤٦) في كتاب الحيض/ باب: جواز غسل الحائض رأس زوجها حديث (١٦/٣٠٢).
(أخرجه البخاري ١/٤٠٣) في كتاب الحيض/ باب: مباشرة الحائض حديث (٢٩٩)، (٣٠١).

(٢) قال في المهمات: يتصور في مسائل:
إحداها: أن يطأ واحدة في آخر نوبتها ثم التي تليها في أول النوبة ثم الثالثة بعد موت الثانية أو انفساخ نكاحها.
الثانية: أن يطأ واحدة في نوبة الأخرى لظنه أنها صاحبة النوبة ثم يطأ صاحبة النوبة ثم يطأ صاحبتها.
الثالثة: ألا يوجد من الزوجات إذن ولا منع بل يقمن عنده على العادة.
الرابعة: أن يتعدى فيطأ واحدة في نوبة كل من ضرائرها فيلزمه وفاء حقهن من نوبتها بأن يقيم عند كل منهن بقدر إقامته عندها لكن لا يكلف الوطء على الصحيح، وحينئذٍ فقد يطأ الجميع متوالياً بأن يطأ صاحبة النوبة أولاً ثم يدور على الباقيات فيطأهن أو يعكس، ونازعه الأذرعي في التوسط، وفيما نازعه به نظر. وقال الشيخ البلقيني: يزاد عليه أن يتصور بغير إذنهن فيما إذا اعترض عنهن ولم يبت عند واحدة ففي هذه الصورة لو دار عليهن بغسل واحد جاز ولا يحتاج إلى إذنهن.
صورة ثانية: في عصمته واحدة فوطئها ثم عقد على أخرى عقب وطئها فيجوز له أن يطأها ولا حاجة إلى الإذن.
صورة ثالثة: له ثلاث زوجات ناشزات فيجوز له بغسل واحد ولا حاجة إلى إذن.

(٣) أخرجه البخاري [٢٦٨ ـ ٢٨٤ ـ ٥٠٦٨ ـ ٥٢١٥] ومسلم [٣٠٩] من حديث أنس وفي رواية لأبي نعيم في معرفة الصحابة: في ضحوة.

لم يَجِب عليه القسْمُ، نزلهن في حقِّه ـ عليه السلام ـ بمنزلة الإماء، ويكره أن يَطَأَ زوجته[١]، أو أمته، والله أعلم.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الفَصْلُ الثَّانِي فِي وَطْءِ الأَبِ جَارِيَةَ الابْنِ) وَهُوَ حَرَامٌ وَلَكِن لَهُ شُبْهَةُ وُجُوبِ الإِعْفَافِ فَلاَ يَجِبُ عَلَيْهِ الحَدُّ، وَيَجِبُ المَهْرُ، وَيَحْرُمُ عَلَى الابْنِ بَالْمُصَاهَرَةِ، وَيَثْبُتُ النَّسَبُ، وَيَنْعَقِدُ الوَلَدُ عَلَى الحُرِّيَّةِ، وَتَصِيرُ مُسْتَوْلَدَةَ الأَبِ عَلَى القَوْلِ المَنْصُوصِ، وَيُقَدَّرُ انْتِقَالُ المِلْكِ إِلَيْهِ مَعَ العُلُوقِ حَتَّى يَنْتَفِيَ قِيمَةُ الوَلَدِ عَلَى أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ، وَلاَ يَسْقُطُ المَهْرُ أَصْلاً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يحْرُمُ على الأب وطء جارية الابن، إذا كان عالماً بالحال؛ لأنَّها ليس بزوجةٍ له، ولا مملوكةٍ، وإذا وطئها فيُنْظر، أهي موطوءة الابن أم لا؟.

الحالة الأولى: ألاَّ تكونَ موطوءةَ الابن، وفيها مَسَائِلُ:

المسألة الأولى: لا يجب الحد على الأب لشبهة المِلْك، [و] رُوِيَ أنه ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ قَالَ: «أَنْتَ وَمَالُكَ لأَبِيكَ» وأيضاً، فإنَّ الأب يستحقُّ على الابن جنس ما استوفاه، إذْ يجبُ عليه إعفافُ الأبِ، فأشبه ما إذا سَرَق مالَ الابن، لا يجبُ عليْه القطْعُ؛ لأنه يستحقُّ النفقة عليه عنْد الحاجة، ووُجِّه أيضاً بأنَّ الوالد لا يُقْتَلُ بولده، فيبعُد أن يرجم بوطْء جاريته، وفي «أمالي» أبي الفرج أن الإِصطخريَّ خرَّج قولاً في وجوب الحد عليه من قولٍ رُوِيَ في وجوب الحدِّ على من وطيء جاريته المحرَّمَة عَلَيْه برضاعٍ أو نسبٍ، وفرق على ظاهر المذهب بأنَّ هناك ليست تلْك الجاريةُ محلَّ حلَّة بحالٍ، وهذه محلُّ حل الأب، وقد تمكَّنت الشبهةُ فيها، وشبهة الملك كحقيقة الملك في درْء الحد، وإذا لم نوجب الحدَّ، ففي وجوب التعزير وجهان:

أحدهما: المنعُ؛ كيلا يصير الابن ومالُه سبباً لعقُوبة الأب.

وأصحهما: الوجوبُ؛ كركوب سائر المحظُورات، ويشبه أن يكون هَذَا في التعْزير لحقِّ اللَّه تعالى لا لِحَقِّ الابن.

---

(١) قال النووي: ويسن ملاعبته الزوجة إيناساً وتلطفاً ما لم يترتب عليه مفسده، للحديث الصحيح «هلاَّ تزوجت بكراً تلاعبها وتلاعبك». ويستحب ألا يعطلها، وألا يطيل عهدها بالجماع من غير عذر، وألا يترك ذلك عند قدومه من سفره، لقوله ﷺ في الحديث الصحيح «فإذا قدمت فالكيس الكيس»، أي: ابتغ الولد. والسنّة أن يقول عند الجماع: باسم الله، اللهم جنبنا الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتنا، للحديث الصحيح فيه. لا يكره الجماع مستقبل القبلة ولا مستدبرها، لا في البنيان ولا في الصحراء، ويحرم على الزوجة والأمة تحريماً غليظاً أن تمتنع إذا طلبها للاستمتاع الجائز، ولا يحرم وطء المرضع والحامل، ويكره أن تصف المرأة امرأة أخرى لزوجها من غير حاجة للحديث الصحيح، في النهي عن ذلك.

المسألة الثانية: إن فرَّعنا على التخريج المذكُور في الحدِّ، فهو كما إذا زنَى بأمة الأجنبيِّ، فإن كانت مكرهةً، وجب مهرها، وإن كانت مطاوعةً، فعلى وجهَيْن، وإن قلْنا بظاهر المذهب نزلناه منزلةَ وطء الشبهة، وأوجبنا علَيْه المهر للابن، فإن كان موسراً أخذ منه، وإلا، فهو في ذمته إلى أن يُوسِر، وعن أبي الحُسَيْن حكايةُ وجهٍ ضعيفٍ؛ أنه إذا كان معسْراً، لم يتبع به.

المسألة الثالثةُ: كما يسقط الحدُّ، ويجب المهر للشُّبهة تثبت حرمة المصاهرة، فتحرم الجاريةُ علَى الابن أبداً، ويستمرُّ ملكه عليها، إذا لم يوجد من الأب إحبالٌ، ولا شيْءٌ على الأبِ بتحريمها؛ لأن مجرَّد الحلِّ في ملْك اليمين لَيْس بمتقوِّم، وإنما المقْصِد الأعظم فيه المالية، وهي باقيةٌ، وله تزويجُها، ويحْصُل المهر، وممَّا يدل علَى أن الحلَّ فيه غير متقوِّم أنه إذا اشترَى أمة، فخرجت أختَهُ من الرضاع لا يتمكَّن من الردِّ، ولم اشترى جاريةً صغيرةً، فأرضعَتْها، أمُّ البائع، وحَرُمت عليه، ثم اطَّلَع المشتري علَى عيْبٍ قديم أو اشترتْ زوْجةُ الرجُلِ جاريةً رضيعةً منْهُ، وأرضعتْها، فحُرِّمت على الزَّوْج، ثم اطَّلعَتْ علَى عَيبٍ قديم يجوز الردُّ، والحرمةُ الحادثةُ لا تُجْعَل كالعيوب الحادثة، وليس ما نحْنُ فيه كتفويت حليِّ النكاح بالرضاع أو بوطء الشبهة بأن وطىء زوجة أبيه أو ابنه بالشبهة، حيث يُغَرَّمُ المهْرَ؛ لأن هناك تفويتَ المِلْكِ والحلِّ جميعاً، ولأن الحلَّ هو المقصد هناك فيقوم، ولذلك يجوز أن يشتري أخته من الرضاع، ولا يجوز أن يَنْكِحَها.

المسألة الرابعة: إذا أحْبَلَها بوطئه فالولد نسيب حر، كما لو وطىءَ جاريةَ الغير بالشبهة، وهل تصير الجارية أمَّ ولدِ للأبِ؟ فيه قولان:

أصحهما: وبه قَالَ أَبُو حَنِيْفَةَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: نعَم، للشبهة الَّتي اقتضتِ انْتفاء الحدِّ ووجوب المَهْر.

والثَّاني: وبه قال المزني: لأنها ليس ملكاً له وقْتَ الإِحبال، فصار كما لو استولَدَ جاريةً بالنكاح، وحكى الحناطيُّ في موضع القولَيْن اختلافاً، ملخَّصُ المفهوم منه ثلاثة طرق:

أحدها: تخصيص القولَيْن بما إذا كان الأَب معسِراً، والجزم بالاستيلاد عنْدَ يساره.

والثاني: تخصيصُ القولَيْن بما إذا كان مُوسراً، والجزمُ بالنفْي عند إعساره.

والثالث: وهو الأظهرُ: طَرْدُ الخلاف، ويخرَّجُ من هذه الطرق قولٌ فارقٌ بين أن يكون موسراً أو معسراً، على ما يُحْكَى عن صاحب «التقريب» كما إذا استولَدَ أحد الشريكَيْن الجارية المشتركة، فإنه ينفذ الاستيلادُ في نصيب الشريك، إن كان مُوسِراً، ولا ينفذ، إنْ كان مُعْسِراً، وَضعَّفَ الأئمةُ الفرْقَ من جهة أنَّ الاستيلاد ههنا إنما يثبت

الحُرْمة الأبوة وشبهة الملك، ولا يختلفُ هذا المعْنَى بالإعسار واليَسَارَ، وهناك يثْبُت الاستيلاد في نصيب الشَّريك لدفْع الضَّرَر عنه، فلو نفَّذناه في حالة الإِعْسَار، لعلَّقنا حقه بذمة ضر أب وهو ضرر أيضاً، فلم يَزُلِ الضررُ بالضرَرِ.

التفريعُ: إنْ فرَّقنا بين أن يكون مُوسِراً أو مُعْسِراً، فإذا كان موسراً، قال الإمام: يجب أن يخرَّج على الأقوال الثلاثة في تعجيل الاستيلاد أو تأخيره إِلَى أداء القيمة، أو التوقُّف كما في سراية العتْق من نصيب إلى نصيب، وإن قلْنا: لا يثبتُ الاستيلاد فَعَلَى الأَب قيمةُ الوَلَد باعتبار يَوْم الانفصال، إنِ انْفصل حيّاً؛ لأن الرِّقَّ اندفَعَ بسببه، وإنِ انْفصل ميِّتاً، فلا شيْءَ فيه، وهذا كما قدَّرنا في ولد المغْرُور، ولا يجوز للابن بيع الجارية، ما لَمْ تضَعِ الحمل؛ لأنَّها حامل بحُرٍّ، وهل على الأب قيمتُها في الحال، ثم يستردُّ عند الوضْع؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعَمْ للحيلولَة الحاصِلَة.

وأصحُّهما: على ما ذكره صاحب «التهذيب» وغيره: لا؛ لأنَّ يده محتويةٌ عليها، وهو منتفعٌ بها بالاستخدام وغيره، بخلاف ما إذا أَبق العبدُ من يد الغاصب، وهذا الحكْمُ في الجارية المغرورِ بحُرِّيَّتها، والموطوءة بشبهة إذ أَحْبلتَا، ولو ملك الأب هذه الجاريةَ يوماً من الدهر، هل تصير أمَّ ولدٍ؟ فيه قولان معْروفان، فإنْ جعلْناها أمَّ ولد، فيجب على الأب قيمةُ الجارية مع المهر، كما إذا استولد أَحَدَ الشريكَيْن الجارية المشتركة، يجِبُ عليه نصف القيمة مع نصْف المهر، وعند أبي حنيفةَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ لا مهْرَ على الأب إذا وجبت القيمة، وإذا اختلفا في قيمة الجارية فالقَوْل قول الأب الغارم، ومنْهم من جعله على قولَيْن، كما [لو اشترى][1] عبدَيْن، وتلف أحدُهما، ووَجَدَ بالآخر عيباً، وقلْنَا له: ردّه، واْختلفا في قيمة التالف، ومتَى ينتقل الملك في الجارية إِلى الأب؟ فيه وجوه:

أحدها: أنه ينتقل قبيل العُلُوق؛ ليكُونَ مسْقط مائه ملكاً له، صيانةً لحُرْمَتِهِ، وهذا ما أورده في «التَّهْذِيبِ».

والثاني: وهو الذي ارتَضَاه الإِمَامُ؛ أنه ينتقلُ مع العُلُوق؛ لأن العُلُوق هو علَّة نقْلِ المِلْك، والمعلولُ يساوق العلة.

والثالث: ينتقل إلَيْه بعد العُلُوق؛ لأن الضرورة حينئذٍ تتحقَّق وعلى هذا، فوجهان نَقَلَهُمَا الحَنَّاطِيُّ:

---

(١) في ز: إذا أسرى.

أحدهما: أنه ينتقل المِلْك إليه عند الولادة.

والثّاني: ينتقل عند أداء القيمة بعْدَ الولاَدةِ[١].

ثمَّ الكلام في ثلاثة أمور:

الأول: في وجوب قيمَة الوَلَد على الأَبِ وجهان بَنَوْهما على الخلاف في وقْت انتقال المِلْك، إن قلنا: ينتقل الملكُ بعْد العلوق، وجَبَت القيمة، وإن قلنا: ينتقل قبله، لم تجب، وإن قلنا: معه، فقد قيل: قضيته وجوبُ القيمة أيضاً.

وقال الإِمَامُ: العلوقُ علَى هذا التقدير يصادفُ الملك، فكيف يقتضي إيجاب القيمة؟ ورأى الأولى بناء الخلاف في وُجُوبِ الْقِيمَةِ على الخلاف في ثبوت الاستيلاد، إن أثْبتناه، لم نوجِبْ قيمة الولد، وإنْ نَفَيْناه أَوْجَبْنَاهَا.

الثاني: قال الإِمامُ لو فرض نزولُ الماء مع تغْييب الحَشَفة، فقد اقترن مُوجِب المَهْر بالعُلُوق، فينبغي أن ينزل المَهْر منزلةَ قيمة الوَلَد، والذي أطلقه الأصحابُ منْ لزوم المهْر محْمولٌ على ما إذا تأخُّر الإِنزال عنْ موجِب المَهْر على ما هو الغَالِب.

الثَّالِثُ: في «التهذيب» أنَّا إذا أثبتنا الاستيلاد فلا ولاء على الوَلَد، وإن لم نُثْبِتْه، فوجهان:

أصحُّهما: أن الجواب كذلك.

المسألة الخامِسَةُ: إذا استولد الأبُ جاريةً مشتركةً بين الابن وبين أجنبيٍّ، فثبوت الاستيلاد في نصيب الابن علَى القولَيْن السابقَيْن، وإذا أثبتناه، فإنْ كان موسراً، سَرَى إلى نصيب الشَّريك، والولدُ حرٌّ، وعلى الأب كمالُ المهر، وكمال القيمة للابن والأجنبيِّ، وإن كان معسراً، لم يثبت الاستيلادُ في نصيب الشريك والولد نصْفُه حرٌّ، ونصفه رقيقٌ في أصحِّ القولَيْن.

وحكى القاضي أبو سعْدٍ الهَرَوِيِّ وجْهاً آخر: وهو أن الاستيلاد لا يَثْبُتَ في نصِيبِ الشَّريك.. بحال، ولا يُجْعَل حقّ الملك وشبهته كحقيقة المِلْك، ولو كان نِصْفُ الجارية للابن، ونصفُها حرٌّ، اقتصر الاستيلاد على نصيب الابن لا محالة.

ولو كان الأب المستولد رقيقاً لم يجب عليه الحد، ولا تَصيرُ الْجَارية أُمَّ ولَدٍ، له؛ لأنه لا يملك، والولدُ نسيبٌ، وفي حرية الولد وجهان: فتوى القَفَّال فيها: أنه حرٌّ،

(١) لم يرجح الشيخ شيئاً، ورجح النووي في التنقيح شرط الوسيط ما اختاره الإمام وتبعه الغزالي. وقضية كلام المنهاج تبعاً للمحرر ترجيح قبيل العلوق فإنه حكم بأنه لا قيمة للولد على الأصح. كذا قاله في الخادم.

كولد المغرور وقيمته في ذمته إلَى أنْ يعتق، والمَهْرُ يتعلَّق برقبته، إن كانت مكرهة، وإن كانت طاوعته، فقولان في أنَّه يتعلَّق برقبته أو بذِمَّته، كما لو وَطِيءَ العبْد أجنبيةً بالشبهة، ولو كان الأب المستولد مكَاتباً، ففي ثُبُوت الاستيلاد وَجْهَانِ؛ بِنَاءً على القولَيْن في ثبوته، إذا أولد جارية نَفْسِهِ، ولو كان بعْضُه حرّاً وبعْضُه رقيقاً؛ لم يثبتْ الاستيلاد، ويكونُ نصْفُ الولَدِ حُرّاً، وفي نصْفه الآخر وجهان.

قال في «التَّهْذِيبِ»: إن قلنا: أنَّهُ حُرٌّ أيضاً، فعليه كمالُ قيمةِ الوَلَد، نصْفُها في كسبه، ونصْفُها في ذمَّته، وإن قلْنا: إن النِّصْف الآخر رقيقٌ، فعليه [قيمة نصفه][1] في كَسْب.

ولا فرق في الأحْكَام المذكورة بَيْن أن يكون الأبُ مُسْلماً أو ذِمِّيّاً، ويجري القَوْلاَن في ثُبُوت الاستيلاد في الذمِّيِّ، وإن كان الكافر لا يشتري المسْلم؛ لأن الملك في الاستيلاد حُكْمِيٌّ، كما في الإِرث.

ووطء الأبِ جاريةَ البِنْت والحَفَدة كوطْئِه جارية الابْن، ولا فَرْقَ، وأما لفظ الكتاب، فقوله: «فلا يجب الحد، ويجب المهر» مُعْلَمان بالواو، ويجوز أن يُعْلَم قوله: «وينعقد الولد على الحرية» أيضاً؛ لأن من يقول بثبوت الوَلاَء علَيْه لا يُسَلِّم انعقاده على الحرية.

وقوله: «وتصير مستولدة الأب» أعلم بالزَّاي، وفي «أمالي» أبي الفرج السَّرخْسَيِّ أنه لا يثبت الاسْتِيلاَد عند مالك ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ فليعلم بالميم أيضاً، وقوله: «على القول المنصوص» يشيره إلى كون القول الآخر مُخرَّجاً، وكذلك ذكر بعض الأصحاب، قَالَ القاضي ابن كجٍّ: نصَّ ههنا على أنها تصير أمَّ ولد له، ونص فيما إذا أحبل أحد الغانِمَيْن جاريةً من المغنم أنَّها لا تصير أمَّ ولد له، فمن الأصحاب من جَرَى على النَّصَّيْنِ، فرقاً بأنَّ الأب له شبهةٌ في مال الابن، ويجب علَى الابن إعفافه، وهذا المعْنَى لا يوجدُ في الغانمين بعضهم مع بعض، ومِنْهُمْ منْ جَعَل المسلِمِينَ علَى قولَيْن، وهذا ذهاب إلى أن قول المنع مُخرِّج ههنا، ومن الأصحاب من قال: هو منصوصٌ، وربَّما نسب إلى القديم، فعلى هذا قولُه: «على المنصوص» يعني في هذا الباب أو على الجديد، وقوله: «ويقدر انتقال الملك إليه مع العلوق» لا يخفى أنه مفرَّعٌ علَى ثبوت الاستيلاد.

وقوله: «علَى أظهر الوجهين» يمكن أن يرجع إلَى قوله «ويقدر انتقال الملك إليه مع العُلُوق» ويقابله الوجْهُ الذاهِبُ إلَى تقْدِيم الانتقال على العُلُوق، والوجه الذَّاهِب إلَى تأخره عنه تعليلاً بأنَّ المعْلُول يترتَّب على العلَّة بالرُّتْبة لا بالزمان، ويمكن أن يتعلَّق بقوله: «حتى ينتفي قيمة الولد»؛ لما مَرَّ أن بعضهم قال: «قضية المساوقة وجوبُ القيمة» والاحتمال الأول أقرب إلى ما ذكره في «الوسيط» [وعلى هذا الاحتمال يُحْسِن

---

(١) في ز: قيمته.

أن يُعْلَم قوله: «حتى ينتفي» قيمة الولد بالواو][1] وقوله: «ولا يسقط المهر» معلَمٌ بالحاء.

قَالَ الغَزَالِيُّ: فَإِنْ كَانَتِ الجَارِيَةُ مَوْطُوءَةَ الابْنِ مَلَكَهَا الأَبُ بِالاسْتِيلاَءِ وَلَكِنْ يَحْرُمُ عَلَيْهِ وَطْؤُهَا لأَنَّهَا حُرِّمَتْ عَلَيْهِ بِوَطْءِ الابْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الحالةُ الثانية: إذا كانتِ الجاريةُ موطوءةَ الابنِ، ووَطِئَها الأبُ، وهو عالمٌ بالحال، ففي وجوبِ الحدِّ وجهان أو قولان مأخوذانِ من القولَيْن في وجوبِ الحدِّ على من وطىء جاريَتَه المحرَّمة عليه برضَاعٍ أو مصاهرةٍ أو نسبٍ:

أَصَحُّهُمَا: وهو الجديد: أنه لا حدَّ للشبهة، وخصص القاضي الرّويَانِيُّ في «التجربة» الخلاف بما إذا كانتْ موطوءة الابْنِ من غَيْر استيلاد، فأما إذا كان قد استولَدَها، فحكايته عن الأَصْحَاب: وجوب الحد قَطْعاً؛ لأنه لا يُتصوَّر أن يمْلِكهَا بحالٍ بخلافِ ما إذا كانتْ موطوءةً غيْرَ مستولَدَةٍ[2]، فإن قلْنا بوجوب الحدِّ على الأَبِ، فلا تَحْرُم الجاريةُ على الابن، ويجب المهر، إن كانَتْ مكرهةً، وإنْ كانت مطاوعةً، فوجهان:

أصحُّهما: المنعُ، ولو أولَدَها، لم تصِرِ الجاريةُ أمَّ ولد له، وكانَ الولَدُ رقيقاً غيْرَ نسيب، وعلى هذا القياس إذا وطىء جاريَتَهُ المحرَّمَة عَلَيْهِ برضاعٍ وغيره، وأولَدَهَا، لا تصير أمَّ ولد له، إذا أوجبنا الحَدَّ، قال الإِمام: وارتاع بعْضُ الأَصْحاب، فلم يستجز أن

---

(١) سقط في ز.

(٢) قال الأذرعي: سكتنا في الشرح هنا واختصاره عليه فأفهما الرضى به، لكن في الشرح الصغير لو وطىء موطوءة الابن عالماً بذلك فأصح القولين لا حد للشبهة، ومنهم من خصص القولين بغير المستولدة وقطع فيها بالوجوب فاقتضى أنه لا فرق بين المستولدة وغيرها وهو قضية كلام الشيخ أبي حامد وغيره ولذلك حكى بعضهم في حده ثلاثة أقوال أصحها لا حد، وثالثها التفصيل بين موطوءة الولد وغيرها، وجمع أبو حامد في التعليق بين المستولدة والموطوءة بلا استيلاد، وحكى فيها وجهين، وقد يخرج من عبارة البحر به مقالة رابعة فارقة بين المستولدة وغيرها. انتهى.
وسبقه لذلك صاحب المهمات وزاد فقال: وكلام أصل الروضة بعد ذلك يدل على هذا فإنه قال: أما إذا قلنا لا حد على الأب فإن أولدها فإن كانت مستولدة الابن لم تصر مستولدة له لأن أم الولد لا تقبل النقل فصرح به بأن قول عدم الحد جار مع استيلاد الابن لها خلاف ما نقله الروياني.
وقال في الخادم: لكنه في التجربة إنما حكاه عن والده خاصة فقال: قال والدي: يجب هنا أن يقال يلزمه الحد قولاً واحداً بخلاف موطوءة الابن التي لم يستولدها على أحد الوجهين؛ لأنه قد يملكها عليه بجهة النفقة والمهر عند وجوب الإعفاف بخلاف أم الولد. انتهى.
وهذا يؤيد ما اقتضاه كلام الشرح الصغير أن هذا وجه ضعيف وأن الصحيح أنه لا فرق بين المستولدة وغيرها ثم ذكر ما تقدم من كلام الأذرعي.

يطأ الإنسانُ مملوكته، وتحْبَلَ منه، ولا تصير أمَّ ولد له، فحكم بثبوت النَّسَب والاستيلاد مع القَوْل بوجُوب الحد، وطرد هذا القائلُ كلامه في إيلاد جارية الابن، والظاهرُ الأولُ، وفي إيلاد أحد الشريكَيْن الجاريةَ المشتركةَ يَثْبُت الاستيلادُ والنسبُ، وإنْ طرد القول القديم، وقيل بوجوب الحدِّ؛ لأن وطأه يصادف ملكه ومِلْكَ غيره حقيقةً، فكانَتِ الشبهةُ أقوَى تمَكُّناً، وإنَّما أوجبنا الحدَّ صيانةً لِمِلْك الغير، وأما إذا قلْنا: إنه لا حدَّ عليه، فهو كما لو كان جاهلاً، فيلزمه المَهْر، وتكون الجاريةُ محرمةً عليهما أبداً، وإذا أولَدَها، فإنْ كانتْ مستولَدَةَ الابن، لم تَصِرْ مستولدةً له؛ لأنَّ أمَّ الولد لا تقبل النقل، وإن لم تكن مستولدةً له، فَهَلَ تَصِيرُ مُسْتَوْلَدَةَ ٱلأَبِ فِيهِ ٱلْقَولاَنِ المذْكُوران في الحالَةِ الأولَى بتفريعها.

وقوله في الكتاب «ملكها الأب بالاستيلاد» أي: إذا فرَّعنا على القَوْل الأظْهَر في الحالة الأولَى، ولو وطيء الأبُ مكاتبة ابنه وأولَدَها، فوجهان:

أحدهما: أنها لا تصيرُ مستولَدة له لأنَّ المكاتبة أيْضاً لا تنتقل من مالك إلى مالك.

والثَّاني: تصيرُ مستولَدةً؛ لأن الكتابة تَقْبَل الفسْخ بخلاف الاستيلاد، وهذا أصح عند صاحب «التهذيب» والأول هو الذي أورده القاضي أبو سَعْدٍ الهَرَوِيُّ، قال: ولَيْس هذا كما إذا استولدت مكاتبته، حيْثُ ينفذ الاستيلادُ؛ لأنه لا نقل هناك، ولا تحتاج إلَى فسخِ الكتَابَة، بل الكتابةُ والاستيلادُ يجتمعان ولا منافاة.

فَرْعٌ: لو كانتْ جاريةُ الابنِ منكوحَة الغَيْر، وأولَدِها الأب، جرى القولان في ثُبُوت الاستيلاد، ويَستمرُّ النكاح، وإنْ أثبتناه، كما لو استولَدَها سَيِّدها، ولا يجُوز للزَّوْج غشيانها في مدَّة الحمل، هذا تمام الكلام في وطء الأبِ جاريةَ الابْن.

ولو وطيء الابْنُ جاريةَ الأب، فهو كما لو وطيء الأجنبيُّ، فإن كان بشبهةٍ، نُظر؛ إن ظَنَّها، أمته أو زوجته الحرَّة، فالولدُ حرٌّ، وعليه قيمته للأب، وإن ظنَّها زوجته الرقيقَة، فينعقد الولدُ رقيقاً، ثم يعتقُ على الجدِّ، ولا يجب علَى الابن قيمته، وإنْ وطئها عالماً بالتحريم، فهو زناً يتعلَّق به الحدُّ بخلاف وطء الأب جاريةَ الابْن؛ لأنَّ له في مال الابن شبهة الإعفاف، [ولا ينعكس][1] وليس هذا كالسَّرقةِ، حيث لا يجبُ القطْع، سواءٌ سرق الأب مالَ الابن، أو الابْنُ مالَ الأبِ، لأن شبهة وجُوبِ النفقة تشمَل الطرفَيْن، ويجبُ على الابن المهر، إن كانت مكرهة، فإن كانت مطاوعةً، لم يجب على أصح الوجهين، فلو أتتْ بولدٍ، فهو رقيقٌ للأب، ولا يعتق عليه؛ لأنه لا نسب له، والله أعلم.

---

(١) سقط في ز.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (**الفَصْلُ الثَّالِثُ فِي إِعْفَافِ الأَبِ) وَيَجِبُ عَلَى أَشْهَرِ القَوْلَيْنِ أَنْ يُعِفَّ أَبَاهُ الفَاقِدَ للمَهْرِ المُحْتَاجَ إِلَى النِّكَاحِ وَالجَدَّ وَإِنْ عَلاَ فَهُوَ فِي مَعْنَى الأَبِ، فَإِنِ اجْتَمَعَ جَدَّانِ فِي رُتْبَةٍ وَاحِدَةٍ وَلَمْ يَقْدِرْ إِلاَّ عَلَى إِعْفَافِ أَحَدِهِمَا أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا عَلَى وَجْهٍ وَعَيَّنَ القَاضِي أَحَدَهُمَا عَلَى وَجْهٍ، وَمَهْمَا أَظْهَرَ الرَّغْبَةَ فِي النِّكَاحِ صُدِّقَ بِغَيْرِ يَمِينٍ لَكِنْ لاَ يَحِلُّ لَهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى طَلَبُ ذَلِكَ إِلاَّ إِذَا صَدَقَتْ شَهْوَتُهُ بِحَيْثُ يَخَافُ العَنَتَ أَوْ يَشُقُّ المُصَابَرَةُ عَلَيْهِ، وَيَحْصُلُ الإِعْفَافُ بِأَنْ يُزَوِّجَ مِنْهُ مُسْلِمَةً أَوْ كِتَابِيَّةً أَوْ يُمَلِّكَهُ جَارِيَةً أَوْ يُسَلِّمَ ثَمَنَهَا إِلَيْهِ أَوْ مَهْرَ امْرَأَةٍ، وَلَيْسَ للأَبِ تَعْيِينُ امْرَأَةٍ رَفِيعَةِ المَهْرِ، وَإِذَا تَعَيَّنَ المَهْرُ فَتَعْيِينُ الزَّوْجَةِ إِلَى الأَبِ، وَلَوْ مَاتَتْ فَعَلَيْهِ التَّجْدِيدُ، وَإِنْ فَسَخَ النِّكَاحَ بِعَيْبِهَا أَوِ انْفَسَخَ وَجَبَ التَّجْدِيدُ، وَإِنْ طَلَّقَهَا بِغَيْرِ عُذْرٍ لَمْ يَجِبِ التَّجْدِيدُ، وَإِنْ كَانَ بِعُذْرٍ فَوَجْهَانِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هذا الفصل مشتمل على مسألتين:

المسألة الأولى[1]: ظاهر المذهب أنه يجبُ علَى الابن إعفافُ الأب، ويُحْكَى ذلك عن نصِّه في «كتاب الدَّعاوَى والبينات» وفيه قول مخرَّج أنه لا يجبُ، وبه قَالَ أَبُو حَنِيْفَةَ وَالْمُزَنِيُّ، ويُنْسَب هذا القولُ إلَى تخريج ابن خَيْرَانِ.

قَالَ الشَّيْخَانِ أَبُو حَامِدٍ، وأَبُو عَلِيٍّ قال ابن خيران: لَمَّا ذكر الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ في النفقات نفقةَ الأقارب، ولم يذكر الإعفافَ دلَّ على أن له قولاً أنه لا يجب، وهذا إشارةٌ إلى طريقة التخريج، ووجْهُهُ الإِلحاقُ بإعفافِ الولَد، فإنه لا يجب على الوالد، وكذا لا يجب الإعفافُ في بيْتِ المال، ولا عَلَى المسْلِمِين، ووجه ظاهرِ المذْهَب أنَّ في ترك الإعفاف تعريضاً للزِّنا، وذلك لا يليقُ بحرمة الأبوة، وليس من المصاحبة بالمَعْروف، وقد قال الله ـ تعالى ـ: ﴿**وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفاً**﴾ [القمان: ١٥] وأيضاً، فإن فوات نفْس الابن محتَمِلٌ لبقاء نفس الوالد، فأَوْلَى أن يحتمل فواتَ ماله، ولو ترك إعفافَهُ، فربما يقع في الزنا، ويتعرَّض للرجْم، ولأنه من وجُوه حاجاته المهمَّة، فيجب على الابن القيامُ به كالنفقة والكسْوة، ويتفرَّع على القول بالوُجُوب مسائلُ:

[**المسألة الأُولَى**][2]: إحداهما اختلفوا في موْضع وجُوب الإعفاف علَى ثلاثة طُرُقٍ:

أشبههما: أن سبيله سبيلُ النفقة، فيجبُ إعفاف المعْسِر الزَّمِن، وفي المعْسِر الصحيحِ البَدَنِ قولان، كما في النفقة؛ لأنه لسدِّ الخلة ودفْعِ الحاجة كالنفقة.

(١) في حـ: إحداهما.
(٢) في أ: إحداهما.

والثاني: أنَّ الإعفاف أَوْلَى بالوجوب، فيجبُ في المُعْسِر الزَّمِن، وفي المعْسِر الصحيح، إن أوجبنا النفقة، فإن لم نوجْبها، ففي الإعفاف قولان؛ وجْه الفرق: أن النفقة إذا لم تجبْ عليه، تجب في بيت المال، فيندفع حاجته، والإعفاف، لا يُتوقَّع من جهة أخرَى، وبهذا قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ.

والثالث: أنه حيث لا تجبُ النفقة، لا يجبُ الإعفاف، وحيثُ يجبُ، ففي الإعفاف قولان، والفرْق أن الحاجة إلى النفقة أهمُّ ولذلك يجُوزُ للمضطَرِّ أكل طعام الغَيْر، ولا يُفْرَض مثل ذلك في الجِمَاع، وحيثُ وجَب الإعْفاف استوى فيه الابنَ والبنت كالنفقة.

[المسألة] الثانية: اعتبر صاحبُ الكتاب فيمن يُعَفُّ ثلاثة قيود، وهي الأبوةُ، وفِقْدَانُ المهر، والحَاجَةُ إلى النكاح.

الأول: الأبوةُ، والمراد من يقع عليه الاسمُ بالحقيقة أو المجاز، فيدْخُل فيه الجدُّ، وإن علا، سواءٌ كان من قبل الأب أو من قبل الأم، وفي وجوب إعفاف الأب الكافر، وجهان:

أشبههما: الوجوب.

فإذا اجتمع أصلان محتاجَانِ، فإن وَفَّى مال الولد بإعفافهما جميعاً، وجب، وإن لم يَفِ، فيُنظر؛ إن اختلفا في الدرجة، فالأقربُ أولَى، إذا استويا في العصوبة أو عدمها.

مثالُه: الأب أولَى من أب الأب، وأبو الأم أولَى من أبي أبي الأم، وأبِي أمِّ الأمِّ، وإن كان للأبعد عصوبة دون الأقرب؛ كأبي أبي الأب مع أبي الأم، فالأول أولَى، وحكى الشيخ أبو عليٍّ؛ أنهما سواءٌ؛ لتعارض المعنَيَيْن، وإن لم يكن لواحدٍ عصوبةٌ كأبي أم الأب، وأبي أبي الأمِّ، فهما سواءٌ، وحيث حكمنا بالاستواء، فلا تقسم مؤنة الإعفاف عليهما، ولكن يخصِّص أحدهما به، وفي طريقته وجهان:

أقربهما: يحُكْم القرعة[1].

ولو اجتمع عدَدٌ ممن يجبُ عليهم الإعفافُ، كالأولاد والأحفاد، فليكن الحكُم عَلى ما سيأتي في النفقة.

القيد الثاني: فِقْدَان المهْر، فالغَنِيُّ القادرُ علَى إعفاف نفْسِه بماله، لا يجب على الولَدِ إعْفَافُهُ، وكذا الكسوب الذي يستغنى بكَسْبه عن غيره، ذكرها شيخ أبو عليٍّ،

---

(١) قال النووي: قال الإمام: إن رأينا القرعة، لم يرفع الأمر إلى القاضي، وإن قلنا يجتهد القاضي، فأدى اجتهاده إلى شيء، فعل. فإن استويا في نظره، تعينت القرعة.

وينبغي أن يجيء فيه الخلافُ المذكورُ في النفقة، ولو وجَدَ قدْرَ النفقة، ولم يجدْ مؤنة الإعْفَاف، فوجهان:

أحدهما: أنه إذا سَقَطَتِ النَّفَقَةُ سَقَطَ الإِعْفَافُ.

وأظهرهما: أنه يجب إعفافه، لأنه محتاجٌ إليه، وإن كان مستغنياً عن النَّفَقة، وصار كما لو وجد النفقة دون الكسْوة، [فإنه يستحق الكَسْوَة][1] ولو سقط وجوب النفقة أياماً بعارضٍ، قال الإمام: ما ينبغِي أن يكون ههنا الخلاف في وجُوب الإعفاف، ولو قدر على سريَة، ولم يقدِرْ على مهرِ حُرَّة، فالوَجْه أنه لا يجب إعفافه، لأنه لا يَتعيَّن في إعفافه تزويجُ حُرَّةٍ، كما سيأتي، وبهذا يَتبيَّن أنَّ فِقْدان المهر بخصوصه غيرُ معتبرٍ، وإنما المعتبر ألا يجد ما يتمكَّن به من الاستمتاع.

[القيد] الثالث: الحاجة إلى النِّكاح، وإذا أظهر الحاجة إلَى قضاء الشهوة والرغْبَةِ في النكاح، فيُصدَّق من غير يمين؛ لأن تحليفه في هذا المقام لا يليقُ بحرمته، ولكن لا يحلُّ له طلب الإعفاف إلا إذا صدَقَتْ شهوته بحَيْث يخاف العنت أو يضرّه التعزُّب، ويشقُّ عليه الصَّبْر.

قال الإمام: ويُحْتمل أن يشترط خوْفُ العنت، كما في نكاح الأَمَة، لكن الأول أظْهَرُ.

المسألة الثالثة: المرادُ من الإعفاف أن يُهَيِّيءَ له مستمتعاً بأن يعطيه مهر حرة ينكحها، أو يقول له: أنْكَحْ، وأنا أعطي المهر أو يباشرُ النكاحَ عن إذْن الأب، ويعطي المَهْر أو بأن يملكه جاريةً لم يطأها، أو يُعْطِيه ثمنَ جاريةٍ، ولا فرْقَ بين أن تكون الحُرَّةُ المنكوحةُ مسلمةً أو كتابية، وأومأ القاضي الرُّويَانِيُّ إلى أن من الأصحاب من لم يكتفِ بالكتابيَّة، وليس للأبِ أن يعيِّن النكاح، ولا يرضى بالتسُّري، ولا إذا اتفقا على النكاح أن يعيِّن امرأةً رفيعةَ المهْر؛ لفضيلة جمالٍ أو شرفٍ، وإذا اتفقا على قدْر المهْر، فتعْيِين المرأة بعد ذلك إلى الأب، ولا يجوز أن يُملِّكه أو يزوجه عجوزاً أو شوهاء، كما ليس له أن يطعمه في النفقة طعاماً فاسداً لا ينساغ، ثم يَجِبُ عليه أن ينفق علَى زوجة الأبِ أو أمتِهِ [ويقوم][2] بمؤنتها ولو أيسر الأبُ بَعْد ما ملكه الابنُ جاريةً أو ثمنها، لم يكن له الرجوع، كما لو دفع له النفقة، فلم يأكُلها، حتى أيسر، ولو كانتْ تحته صغيرةٌ، أو عجوزةٌ أو رتْقاءُ، ولم تندفعْ حاجَتُه، فالقياسُ وجوبُ الإعفاف، وأنَّه لا يجتمع عليه نفقتان، وإذا ماتتِ الأمةُ التي ملكها أو الحُرَّة التي تزوجها، أو فَسَخ النكاح بعيبها، أو فسخت بعيبه، أو انفسخ النكاحُ بِرِدَّة أو رضاعٍ، بِأنْ أرضعت التي نَكَحَها صغيرةً كانت

(١) سقط في ز.
(٢) سقط في ز.

زوجتَهُ، فصارت أمَّ زوجته، فيجب علَى الابن تجديدُ الإعفاف، كما لو دفَع إلَيْه النفقةَ، فسُرِقَتْ منه، حكى الشيخ أبو حامد وجهاً آخر: أنه لا يجب؛ لأنَّ النكاح عقد عمر، وإذا تحمَّل مؤنته مرةً، فقد حافَظَ على حرمة الأبوة، فنقنع منه بذلك، والظَّاهر[1] الأولُ، وإذا قلنا به: فلو طلَّقها أو خَالَعها أو عتق الأمة، نظر؛ إن كان بعُذْر من شقاقٍ أو نشوزٍ أو غيرهما، ففيه وجهان:

أظهرهما: وهو المذكور في «التهذيب»: أنه يجب التجديد، كما في المَوْت، وإذا كان [بغير][2]، عذر لم يجب؛ لأنه المقصِّر والمفوِّت على نفسه.

وفي «التتمة» وجه آخر: أنه إذا طَلَّقَ، فعليه أن يزوِّجه مرَّة أخرَى، أو يسريه، فلو طلَّق الثانية، لم يزوِّجه بعد ذلك، ولكنْ يسرِّيه، ويسأل الحاكم أن يحجر عليه، حتَّى لا ينفذ إِعتاقه بعد ذلك، وإذا وجَب التجديد، فإن كانت بائنه فعليه التجديد في الحال، وإنْ كانتْ رجعيَّةً، لم يجبْ إلا بعْد انقضاء العدَّة.

فَرْعٌ: إن قلنا: لا يجبُ الإِعفافُ، فللأبِ المحتاجِ أن ينْكِحَ أمة، وإن أوجَبْناه، فوجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه غيْرُ مستطيعٍ للطَّوْل خائفٌ من العَنَت.

وأصحهما: المنع؛ لأنه مستغنٍ بمال ولده عن نكاح الأمة، فإن قلْنا بالأول، حَصل الإِعفاف بأن نزوِّجه أمةً.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَلَيسَ لِلأَبِ أَنْ يَتَزَوَّجَ جَارِيَةَ الابْنِ، فَإِنْ مَلَكَ الابْنُ زَوْجَتَهُ لَمْ يَنْفَسِخِ النِّكَاحُ مَا لَمْ يَحْصُلْ لِلأَبِ وَلَدٌ فِي مِلْكِ الابْنِ، وَلاَ يَتَزَوَّجُ جَارِيَةَ نَفْسِهِ، وَلَوْ مَلَكَ زَوْجَتَهُ انْفَسَخَ النِّكَاحُ، وَلاَ يَتَزَوجُ جَارِيَة مُكَاتَبَهِ، وَلَوْ مَلَكَ الْمُكَاتِبُ زَوْجَة سَيِّدِهِ فَفِي الانْفِسَاخِ وَجْهَانِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: المسألةُ الثانيةُ الحكايةُ عن نصِّه في كتاب «الدَّعَاوَى»: أنه لا يجوز للأب أن يتزوَّج بجارية ابنه، ونقل المزنيُّ في «المختصر» جوازه، وهو قول أبي حنيفة، وعن أَبِي إِسْحَاقَ أن ابن سُرَيْج قَالَ: وجدتُ الشافعيَّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - ما نقله المزنيُّ، والأصحابُ اختلفوا على طريقين في المسألة:

أحدهما: إثبات قولَيْن فيها مبنيَّة على القولَيْن في وجوب الإِعفاف، إن لم نوجبْه،

(١) قال النووي: قال الإمام: ولو فرض الإعفاف مراراً، أو بموت الزوجات، تجدد الأمر بوجوب الإعفاف ما دامت الحاجة، ولا ينتهي ذلك، وإن كثر تكرار الإعفاف.

(٢) في ز: بقي.

جاز للأب أن يتزوَّج جاريةَ بانه، كما يجُوز للابْنِ أن يتزوَّج أمة أبيه، وإن أوجبْنَاه، لم يُجْز لاستغنائه عن نكاح الأمة بمالِ ابْنه.

والثاني: القطْعُ بالمنع، وإلَيْه ذهب الأكْثَرون، وقالوا فيما نقله المزنيُّ: إن الشَّافِعِيَّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قالَ: يجوز للرَّجُل أن يتزوَّج بجارية أبيه، فوقع في لفظة أبيه تصحيف؛ لأنها في الصورة تشبه ابنه، ومنْهم من أوَّله، وحمل ما نقله على ما إذا كان الابنُ معْسِراً لا يجد مؤنة الإعفاف، وكانتْ له جاريةٌ يحتاج إلَى خِدْمتها، فيجوز له أن يتزوجها منه، أو كان الأب مع إعساره صحيحَ البَدَن، فإنَّا لا نوجبُ إعفافه ونفقته علَى قول، فيجوز له أنْ يتزوَّج بجارية ابنه.

والصحيح في هاتَيْن الصورتَيْن أن يُبْنَى جواز النِّكَاح علَى أنَّه إذا أولد جاريةَ ابْنه، هل تصير مستولدةً له إن قِلنا: نعم، لم يجزْ له نكاحُها، كما لا يجوزُ لهُ أن ينكح جاريةَ نَفْسه، وإن قلنا: لا، جاز له نكاحها، وكذا الحكْمُ على قولنا: إنَّه لا يجبُ الإعفاف، هذا كلُّه فيما إذا كان الأب حراً، أما إذا كان رقيقاً، فله أن ينكْحَ جاريةَ ابنه؛ لأنه لا يجبُ عليه إعفافُه ولا نفقُته، وإذا استولد الرقيقُ جاريةَ ابنِهِ، لم تصر أم ولد له على ما تقدَّم، ولو نكح الأبُ جارية أجنبيٍّ، حيث يجوزُ له نكاحُ الأمة، ثم ملكها الابنُ والأبُ بحيث لا يجوزُ له نكاحُ الأمة ابتداء، هل يُفْسَخ النكاح؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كما أنه لما لم يجُزْ للرجُل أن ينكح جاريةَ نَفْسِه، فلو نكح جاريةَ غَيْره، ثم ملكها، ينفسخ النكاح.

وَأَصَحُّهُمَا: وهو المذكور في الكتاب: أنه لا يَنْفَسِخ؛ لأن الأصْلَ في النكاح الثابتِ الدوامُ، وللدَّوام، من القوة ما لَيْس للابتداء عَلى ما سبق نظائِرهُ، وأُجْرِيَ الوجهان فيما لو نَكَح جاريةَ ابْنِه، ثم عَتَق، هل ينفسخ النكاح؟ فإن قلْنا: لا ينفسخ النكاح، أو جوَّزنا له أن ينكح جارية أبْنِه ابتِدَاء، فَأوْلَدَها، قال الشيخ أبو حامد والعراقيون وتابعهم الشيخ أبو عليٍّ وصاحب «التهذيب» وغيرهم: لا تصير أمَّ ولد له، لأنه رضي بِرِقِّ ولده حين نكَحَها؛ ولأنَّ النكاح حاصلٌ محقَّقٌ، فيكون واطئاً بالنكاح لا لشبهة المِلْك بخلاف ما إذا لم يكُنْ نكاحٌ، وعن الشيخ أبي محمد، وإليه ميلُ الإمام: أنه يثبت الاستيلاد، وينفسِخُ النكاح وهذا قوله في «الْكِتَابِ» ما لَمْ يحْصُل للأب ولدٌ في ملك الابْن.

ولا يجُوز للسيِّد أن ينكح جاريةَ مكاتَبِهِ؛ لأن للسيِّد في رقبة المكاتَبِ وما في يده شبْهَةَ المِلْك، وإذا أولد جاريةَ مكاتَبِهِ، فصارت أمَّ ولدٍ للسيد، فلو كان قد نكح جارية، فملكها مكاتَبُهُ، ففي انفساخ النِّكاح وَجْهَانِ، قَالَ في «التتمة»: هما كالوجهَيْن في صورة ملك الابن، قضيَّةُ هذا الإطلاق ترجيحُ عدَمِ الانفساخ، وبه قَالَ القاضي أبو سَعْدٍ

الهرويُّ ـ رحمه الله ـ ومنهم من رجّح الانفساخ ههنا وهو الأشبه؛ لأن تعلُّق السيد بمال المكاتَبِ فوق تعلُّق الأب بمال الابن، فحدُوثُ ملك المكاتَبِ يقرب إذا ملك زوجة نَفْسه والله أعلم.

ثم لا يخفى مواضع العلامات في الفضل.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الفَصْلُ الرَّابِعُ فِي تَزْوِيجِ الإِمَاءِ) وَلِلسَّيِّدِ أَنْ يَسْتَخْدِمَهَا نَهَاراً، وَعَلَيْهِ أَنْ يُسَلِّمَهَا إِلَى الزَّوْجِ لَيْلاً، وَهَلْ لَهُ أَنْ يُبَوِّىءَ لَهَا بَيْتاً فِي دَارِهِ، أَمْ لِلزَّوْجِ أَنْ يَخْرُجَ بِهَا لَيْلاً؟ فِيهِ قَوْلاَنِ، فَإِنْ قُلْنَا لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ وَكَانَتْ مُحْتَرِفَةً وَأَمْكَنَهَا ذَلِكَ فِي يَدِ الزَّوْجِ فَهَلْ يَجِبُ تَسْلِيمُهَا نَهَاراً؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلاَ خِلاَفَ أَنَّ لِلسَّيِّدِ المُسَافَرَةَ بِهَا لَكِنْ لاَ يُمْنَعُ الزَّوْجُ مِنَ الخُرُوجِ لِيَصْحَبَهَا لَيْلاً، وَإِذَا لَمْ يُسَلِّمْهَا إِلاَّ بِاللَّيْلِ فَالوَاجِبُ شَطْرُ النَّفَقَةِ، وَقِيلَ: لاَ يَجِبُ أَصْلاً، وَقِيلَ: يَجِبُ الجَمِيعُ، وَمَهْمَا سَافَرَ بِهَا السَّيِّدُ سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ [ثَلاَثُ] مَسَائِلَ:

الأُولَى[1]: السيد إذا زوّج أمته، لم يلزمه تسليمها إلى الزّوْج ليلاً ونهاراً، لكن يستخدمها نهاراً، ويسلِّمها إلى الزوج ليلاً؛ وذلك لأنَّ السيد يملك منفعتَيْن من أمته؛ منفعةَ الاسْتِخْدام ومنفعة الاستمتاع، وإذا زوَّجها، فقد عقد علَى إحدى منفعتَيْها، وبقيَتِ المنفعةُ الأُخْرَى، فيستوفيها في وقتِها، وهو النَّهار، وهذا كما أنَّه إذا أجر أمته يسلِّمها إلى المُسْتأجر نهاراً، ويُمْسِكُها لاستيفاء المنفعة الأُخْرَى في وقتها، وهو الليلُ، ويتبيَّن من هذا؛ أنه لو أراد السيد أن يسلِّمها نهاراً بدلاً من الليل، لا[2] يجوز؛ لأن اللّيلَ وقْتُ

---

(١) في أ: إحداهما.

(٢) نص الشافعي في البويطي أن وقت تسليمها مضيّ ثلث الليل.
قال في المهمات: واعلم أنه يحرم على سيد الأمة المزوجة النظر إليها والخلوة بها. وهذا عجيب فإن الصحيح أن السيد له النظر إلى أمته المزوجة ما عدا ما بين السرة والركبة، واعترض عليه الأذرعي في التوسط ورد ما قاله. قال الشيخ جلال الدين البلقيني: لو كان الزوج ممن شغله بالليل كالأتوني والحارس فإن النهار هو محل سكونه والليل محل شغله، فإن أراد السيد أن يسلمها لهذا نهاراً بدلاً عن الليل كان له ذلك وإن لم يرض السيد بتسليمها نهاراً أو قال أسلمها ليلاً على عادة الناس الغالبة فمن المجاب لم أرَ من تعرض لذلك لكن الظاهر أن المجاب الزوج كما لو أراد السيد أن يبدل عماد السكون الغالب وهو الليل بالنهار فإنه لا يمكن لذلك. انتهى.
قال الأذرعي في القوت: ما سبق في غير المكاتبة كتابة صحيحة أما هي فمستقبلة وقد يقال له منعها منه نهاراً إذا كان يفوت به تحصيل النجوم.
ثم رأيت من قال هل تسلم إليه ليلاً ونهاراً. قال الماوردي: نعم. وحكى القاضي الحسين فيه وجهين انتهى ما أردته منه.

الاستراحةِ والاستمتاعِ، وعليه التعويلُ في القسم بيْنَ النساء، ولو قال السيِّدُ: لا أُخرِجُها من داري، ولكن أبوِّيءُ لَكَ بيتاً لتدخله، وتَخْلُوَ بها، حكى الإمام فيه قولَيْن:

أظهرهما: أنه ليس له ذلك، فإنَّ الحياء والمروءة يمنعانِهِ من دُخُول داره، وعلى هذا، فلا نفقة على الزوج، كما إذا قالَتِ الحرةُ: ادْخُل إلى بيتي، ولا أخرج إلَى بيتك.

والثاني: أن للسيد ذلك لتدوم يدُهُ علَى ملكه مع تمكُّن الزوج من الوصول إلى حقِّه، وعلى هذا فيلزمه النفقةُ، فإن قلْنا بالأول، فلو كانت محترفةً، فقال الزوْجُ: دعُوها تحترفُ للسيد في يدي وبيتي، فهل يجاب؟ فيه وجهان:

أظهرهما: لا، وللسيد أن يرتَبِطَها عنده؛ لأنه قد يبْدُو له في الحِرْفة، ويريد أن يستَخْدِمها.

والثاني: وبه قال أبو إِسْحَاقَ المَرْوَزِيُّ: يجاب محافظةً على الجانبَيْن.

الثانية: للسيِّد أن يسافر بها؛ لأنه مالكُ رقبتها، فيقدَّم جانبه على جانب مالك المنفعةِ، ولا يمنع الزوْجُ من المسافرة معَها، ليستمتعَ بها ليلاً، ولا يكلَّف أن يسافِرَ مَعها، وينفق عليها، وإذا لم يسافِرْ معَها، لم يكنْ عليه نفقتها، وأما المَهْر، فيُنْظر؛ إن كان قد [1]دخل بها، فقد استقر وعليه تسليمه، وإن لم يكنْ دخَل بها، لم يلزمه تسليمه، وإن كان قدْ سلمه، فله أن يسترده.

الثالثة: إنْ سامَحَها السيِّد، فسلمها ليلاً ونهاراً، فعلى الزوْج تسليمُ المهْر وتَمَامُ النفقة، وإن لم يسلِّمها إلا بالليل، ففي النفقة وجوه:

أظهرها: عند جمهور العراقيين وصاحب «التهذيب»: أنَّه لا يجبُ شيْءٌ منها، وبه قال أبو إِسْحَاق؛ لأنه لم يوجد التسليمُ والتمكينُ التامُّ.

والثاني: ويحكَى عن ابن أبي هريرة: أنَّه يجب شطر النفقة، توزيعاً لها على الزمان، وبهذا قال أبو محمَّد أحمدُ بنُ ميمونِ الفارسيُّ من أصحابنا فيما حكى الشيخُ أبو عاصِمٍ في «الطبقات» ونظْمُ الكتاب يقتضي ترجيحَ هذا الوجْه، وإليه مال ابنُ الصَبَّاغِ.

والثالث: عن الشيخ أبي محمَّد: أنه يجبُ تمام النفقة؛ لأنه وجد التسليمُ الواجب، ويرْوَى هذا عن المُزَنِّي في «المنثور» وأجرى الوجهين الأوَّلين فيما إذا سلمت الحرَّة نفْسَها ليلاً، واشتغلت عن الزَّوْج نهاراً[2].

وأما المهْرُ فعن الشيخ أبي حامد؛ أنه لا يجب تسليمُهُ كالنفقة.

---

(١) قال النووي: وليس للزوج المسافرة بها منفرداً إلا بإذن السيد.

(٢) قال النووي: الصحيح الجزم في الحرة بأنه لا يجب شيء في هذه الحال.

وذكر القاضي أبو الطيِّب، أنه يجب.

قال ابنُ الصَّبَّاغ: وهذا أصحُّ؛ لأن التسليم الذي يتمكَّن معه من الوطْء قد حَصَل، وليس كالنفقة، فإنَّها لا تجب بتسليم واحدٍ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَأَمَّا المَهْرُ فَإِنَّمَا يَجِبُ لِلسَّيِّدِ، فَلَوْ قَتَلَهَا السَّيِّدُ قَبْلَ المَسِيسِ فَالنَّصُّ سُقُوطُ المَهْرِ، وَلَوْ قَتَلَهَا أَجْنَبِيٌّ أَوْ قَتَلَتِ الحُرَّةُ نَفْسَهَا فَفِي السُّقُوطِ وَجْهَانِ، وَلاَ خِلاَفَ فِي أَن المَّهْرُ لاَ يَسْقُطُ بِمَوْتِ الحُرَّةِ وَالأَمَةِ وَلاَ بِقَتْلِ الأَجْنَبِيِّ الحُرَّةَ، وَإِذا بَاعَ الأَمَةَ لَمْ يَنْفَسِخ النِّكَاحُ وَيُسَلَّمُ المَهْرُ لِلبَائِعِ لأَنَّهُ وَجَبَ بِالعَقْدِ فِي مِلْكِهِ وَلَكِنْ لَيسَ لَهُ حَبْسُهَا لأَجْلِ سَوْقِ الصَّدَاقِ، وَلاَ لِلْمُشْتَرِي أَيْضاً ذَلِكَ فَإِنَّهُ لاَ مَهْرَ لَهَا، وَلَوْ زَوَّجَ أَمَتَهُ مِنْ عَبْدِهِ فَلاَ مَهْرَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه ثلاثُ مسائلَ تتعلَّق بمَهْر ألأَمَةِ المنكوحَةِ:

المسألة الأُولَى: لا شكَّ أن هلاك المنكوحَةِ بعْد الدخول حرّة كانت أو أمة، لا يسقط المهر، ولا شيئاً منه، سواءٌ هلَكَت بالموت أو بالقَتْل، وإنْ هلكَتْ قبل الدُّخول، فينظر، إن حصل الهلاكُ بفعْلِ مستحِقِّ المهر أولاً بهذا الطريق.

أما القسم الأول: فإذا قتل السيد أمته، فالنصُّ في «المختصر» أنه لا مَهْر، وعن نصِّه في «الأم» أن الحرة إذا قتلت نفْسَها، لا يسقط شيء من المَهْر، وللأصحاب فيه طريقان:

أشهرهما: أن المسألة على قولَيْن بالنقل والتخْريج، وبه قال ابن سُرَيْج:

أحدهما: يسقط المهر في الصورتَيْن؛ لانقطاع النكاح قبل الدخُول من قِبَلِ مستحِقِّ المهر، فأشبه الردَّةَ قبل الدخول.

والثاني: لا يسقط؛ لأنها فرقةٌ حصَلَتْ بانتهاء العُمر، فكانت كالمَوْت.

والطريقة الثانية: تقرير النَّصَّيْنِ، والفَرْق أن الْحُرَّةَ كَالْمُسْلِمَةِ إلى الزوج بالعَقْد؛ ألاَ تَرَى أنَّ له أن يمْنَعَها من المسافرة، والأمة لا تصير مسلمةً بالعقد بدليلِ أن للسَّيد أن يسافر بها، ولا يستقرُّ مهْرُها إلا بالدُّخول، وأيضاً، فأنَّ المقصود الأصليَّ من نكاح الأمة الاستمتاعُ، ولهذا لا يجوزُ إلا عنْد الحاجة، وفي نكاح الحُرَّة المقصودُ الوصلةُ، وتشابكُ العشائر، وأيضاً، فإن الحرةَ إذا قتلَتْ نفْسَها غَنِمَ زَوْجُهَا مِيرَاثَهَا، فجاز أن يغرم مهرها، وفي قتل الأمة لا ميراثَ له، وعلى الطريقة الأولَى قولُ وجوب المهرِ فيما إذا قتل السيد أمته مخرج ومنهم من حكاه عن النصِّ أيضاً، وإذا قلْنا بسقوط المهرْ فيما إذا قتلها السيد، فلو قتلت هي نفْسَها، فالحُكْمُ كذلك، وإن لم تكن مستحقَّةً للمهر، فإن المهْرَ يسقط بُضْعَها، كما لو ارتدَّت قبل الدخول،

أو أرضعتِ الزوجَ، هذا هو[1] النص، والظاهرُ فيه وجه: أن قَتْلَها نفْسَها كموتها.

والقسم الثاني: إذا حصل الهلاكُ لا يفعل المستحِقّ أما الأَمَةُ إذا قتلها أجنبي أو ماتت، فظاهر المذهب وجوبُ المهر، وعن الإِصطخرِّي سقوطُه؛ بناءً على أن السيد يزوِّج بحكْم الملك، فهلاكُهَا قبل الدخول كهلاكِ المبيع قبل القَبْض، ولو قتلها الزوْجُ، فالحكم ببقاء المهر أظهر، وفيه وجه أنَّه يسقط أيضاً، وقتل الزوج لا يتضمَّن القبض كالمستأجر إذا قتل العبد المستأجر، وأما الحرَّة، إذا قتَلَها الزوج أو أجنبيٌّ، أو ماتت، لم يسقط المهر بحال، والظاهرُ في قتل السيدِ الأَمَةَ سقوطُ المهر، وفي سائر الصُّوَر وجوبه، وقال أبو حَنِيْفَة: إذا قتل السيدُ الأمَةَ، سَقَط المهر، وإذا قتلت الأمَةُ نفْسَها، لا يسقط، وفي قَتْلِ الأمةِ نَفْسَها روايتان، وبقي المسألة شيئان أحدهما حكى جماعة من الأصحابُ خلافاً في أن المهر على النصِّ لم يَسْقُط إذا قتل السيدُ أمته، قَالَ بَعْضُهُم: إنما يسقط؛ لأن المقصودَ بالعَقْدِ الْوَارِدِ على المِلْك، قد فَاتَ قبل التسليم، فأشبه فوات المبيع قبل القَبْض، وهَذَا أظهر، إن قلْنا: إن السيد يزوِّج بحكم الملك.

وقال آخرون: إن المستحِقَّ هو الذي فوَّت المعقود علَيْه، فلا يتمكَّن مِن الْمَطَالَبَة بِعِوَضِهِ، وكان تفويته رضاً منه بالسقوط، وخرَّجوا سائر الصور على هذَيْن المعنَيَيْن، فأما إذا ماتَتِ الأمة أو قتلها أجنبيٌّ، سقط الْمَهْرُ على المعنَى الأوَّل، ولا يسقط على المعنَى الثانِي، وكذلك لو قتَلَتِ الأمةُ نفسَها، وإذا قتلتِ الْحُرَّةُ نَفْسَهَا، فعلى المعْنَى الأول؛ لا يسقط المهر، وعلى الثاني يسقط الثاني.

قال صاحب «التهذيب»: إذا قلنا: إن السيد إذا قتل أَمَتَهُ، سقط المهر، ولو تزوَّج رجلٌ أمة [أبيه][2]، فوطئها الأب قبْل أن يَدْخُلَ الابْنُ بِهَا، وجب أن يسقط المهر؛ لأن قطع النِّكَاحِ حصَلَ من مستحِقّ المهر قبل الدخول.

---

(١) قال في المهمات: يرد على هذ أن التفصيل بين الحرة والأمة هو تقرير النصين فكيف يستقيم مع تصحيحه أن يكون الصحيح طريقة التخريج، ومتى صححت طريقة التخريج فالراجح منها إما السقوط أو عدمه من غير تفصيل.

قال في التوسط: هذا الانتقاد ضعيف لأن الرافعي والنووي لم يصححا طريقة التخريج بل قالا إنها أشهرهما وكم من طريقة مشهورة الراجح خلافها على أنا قدمنا أن الأكثرين على تقرير النصين. انتهى.

وفي هذا الرد على المهمات نظر. وقال الشيخ البلقيني: قولهم تبعاً للنص إن قتلها سيدها سقط مهرها هل هذا مخصوص بالقتل العمد أو يعم العمد والخطأ حتى في وقوعها في بئر حفرها عدواناً لم أرَ من تعرض لذلك والظاهر من كلامهم أنه لا فرق. انتهى. قاله البكري.

(٢) في ز: ابنه.

وقوله في الكتاب: «ولا خلاف في أن المهْرَ لا يسقط بموت الحُرَّة والأمة» الأمر في موت الحرة كما ذكره، وأما في موت الأمة، فقد عرفت الخلافَ فيه، فإن كان ذلك طريقة أخرَى، فليعلم قوله: «والأمة» بالواو» لذلك.

المسألة الثانية: إذا باع الأمةَ المزوَّجة، لم ينفسخ النكاحُ؛ لما رُوِي عن عَائِشَةَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ـ «اشْتَرَتْ بُرَيْرَةَ وَلَهَا زَوْجٌ فَأَعْتَقَتْهَا، فَخَيَّرَهَا رَسُولُ اللَّهُ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ».

ولو انفسخ النكاح، لَمَا خيَّرها، ويكون المهر للبائع، إن سمَّى في العقد صداقاً صحيحاً أو فاسداً، سواءٌ جرى الدخولُ قبل البيعِ أو بعْده؛ لأنه وجَب بالعقْدِ، والعقْدُ كان في ملكه، ولو طلَّقها الزوجُ بعْد البيع وقبل الدخول يكُون نصْف المهر للبائع، وإنْ كان قد زوَّجها على صورة التفْويض، ثم جرى الغرض أو الدُّخُول قبل البيع، فالمفروضُ أو مهر المثل للبائع أيضاً، وكذلك، إنْ أوجبنا المهر في المفوَّضة بالعقد، وإن جرى الفرض أو الدخول بعد البيع، فالمفروضُ أو مهرُ المثل للبائِعِ أو للمشترِي؟ فيه طريقان:

أظهرهما: أنه على وجهَيْن؛ بناءً على أن الوجوب بالفرض والدخول، أو نتبين بالفرض والدخول وجوبَ المفروض أو مهْر المثل بالعقْد، وفيه قولان، إن قلْنا بالأول، فهو للمشتري، وإنْ قلْنَا بالثاني، فهو للبائِع.

والطريقُ الثَّاني: القطع بأنه للبائع؛ لأن العقْدَ هو السبَب الأول، وبه دخَل البُضْع في ضمان الزَّوْج، وإنما جرى العقْد في ملك البائع، ولو مات أحدُ الزوجَيْن بعد البيع، وقبل الفرض والدخول، وحكمنا بوجوب المهر، [ففيمن][1] له المهرُ، مثْلُ هذا الخلاف، ولو طلَّقها بعد البيع وقبل الفرض والدخول، فالمتعة للمشتري؛ لأنها تجب بالطلاقِ، والطلاقُ وقع في ملكه، ولو أعتق أمته المزوَّجة، فالقول في المهر على التفصيل المذكور في البيع، فحيث قلْنا: إنه للبائع، فههنا يكون للمعتق، وحيثُ قلنا هناك: إنَّه للمشتَرِي، فههنا يكون للمعتقة، وحيث حكمنا بأن المهر للبائع أو للمعتق، ولم يجر الدخول، فليس له حبْسُها لتسوق الصداق؛ لأنها خرَجَت عن ملكه وتصرُّفه، وليس للمشتري، ولا للمعتقة الحَبْس أيضاً؛ لأنهما لا يملكان المَهْر، وحيث حكمنا بأنه للمشتري، أو للمعتقة، فلهما الحبس لاستيفائه، ولو أعتقها وأوصَى لها بصَدَاقها، فليس لها حبْسُ نفسها لاستيفائه؛ لأن الاستحقاق ههنا بالوصيَّة لا بالنكاح، ولو تزوج أمة ولده، ثم مات، وَعَتَقَتْ، وصار الصداقُ للوارث، ولم يكن له حبْسُها؛ لأنه لا ملك له فيها.

(١) سقط في ز.

هذا في النكاح الصحيح، أما إذا زوَّجها تزويجاً فاسداً، ثم بَاعَها، ووطِئَها الزوج بعد البَيْع فمهر المثْلِ للمشتَرِي؛ لأنه وجب بالوطء الواقع في ملكه، وإن وطيء قبْلَ البيع، فهو للبائع.

المسألة الثالثة: ذكَرْنا من قبل أنه يجُوز أن يزوّج أمته من عبده، وأنه لا مَهْر، لأن السيد لا يَثْبُت له دَيْنٌ على عبده؛ ألا تَرَى أن جنايته عليه لا تثبت له أرشاً، وإتلافه ماله لا يقتضي ضماناً لا في الحال، ولا بعْد العتق، وحكى الشيخ أبو عليٍّ وجهين؛ في أنه يجب المهر، ثم يسقط أو لا يجب أصلاً ووجه الأولُ ألاّ يعري النكاح عن المهر، فالنكاحُ بلا مهْر من خصائص رَسُولِ اللَّهِ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ.

ووجْه الثاني: أن المعنى المسقِطَ للمهر كونُه[1] ملكاً، وأنّه مقترنٌ بالعقد، فيدفع الوجوب، ولو أعتقهما السيد أو أحدهما، لم يلْزَم أيْضاً لا للسَّيِّد، ولا للمعتَقة، وإن جرى الدخول بعد العِتْق؛ لأن المهْرَ لم يثبت في الابتداء، فلا يثبت بعْدَه، وكذا لو باعها، ودخَل الزوْج بها في ملْك المشتري، لا يجب المهر؛ لأنه ملك بضْعَها بغير عِوَضٍ في الابتداء.

وقال الشيخ أبو عليٍّ: ويجوز أن يُقَالَ: إذا أعتقها أو أعتق الزوج، ثم دَخَل بها يجبُ المهر، فإن لم يجبْ في ابتداء العقْد، كما في المفوَّضة، يجب المهر، إذا جرى الدُّخُول، وإن لم يجب، في الابتداء، قال: وهذا إذا قلْنا: لا يجب المهرُ بالعقد، أما إذا قلْنا: إنه يجب، ثم يسقط، فلا يجيء هذا الاحتمالُ، وتكون كما لو أبرأَتْ عن المهر، ثم دخل بها.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَلَوْ قَالَ لأَمَتِهِ: أَعْتَقْتُكِ عَلَى أَنْ تَنْكِحِينِي لَمْ تُعْتَقَ إلاَّ بِالْقَبُولِ، ثُمَّ لاَ يَلْزَمُهَا الوَفَاءُ، وَعَلَيْهَا قِيمَتُهَا، فَإِنْ نَكَحَهَا بِقِيمَتِهَا الَّتِي عَلَيْهَا وَهِيَ مَجْهُولَةٌ فَفِي صِحَّةِ الصَّدَاقِ وَجْهَانِ، فَلَوْ أَتْلَفَتْ عَبْداً عَلَى رَجُلٍ فَنَكَحَهَا بِالقِيمَةِ المَجْهُولَةِ لَمْ يَصِحَّ، وَلَوْ قَالَتِ السَّيِّدَةُ لِعَبْدِهَا أَعْتَقْتُكَ عَلَى أَنْ تَنْكِحَنِي عَتَقَ بِغَيْرِ قَبُولٍ عَلَى الأَظْهَرِ، كَمَا لَوْ قَالَ لِلزَّوْجَةِ: طَلَّقْتُكِ عَلَى أَنْ لاَ تَحْتَجِبِي عَنِّي وَعَلَى أَنْ أُعْطِيَكِ شَيْئاً، وَسَبِيلُ السَّيِّدِ الرَّاغِبِ فِي نِكَاحِهَا أَنْ يَقُولَ: إِنْ يَسَّرَ اللَّهُ بَيْنَنَا نِكَاحاً صَحِيحاً فَأَنْتِ حُرَّةٌ قَبْلَهُ ثُمَّ يَنْكِحُهَا فَيَصِحُّ النِّكَاحُ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا قال لأمته: أعتقتُكِ على أن تَنْكِحِيني، أو على أن أنْكِحَكِ، لم تُعْتَق إلا بالقَبُول على الاتصال، ولا فرْقَ بين أن يَقُولُ مع ذلك: وعتقك وصداقك أو لا

---

(١) في أ: مالكاً.

يقول، ولو قالت أولاً: أعتقْنِي علَى أن أنْكِحَكَ، فأجابها إليه، فكذلك الحكْمُ، ثم لا يلزمها الوفاءُ، فإن النكاح لا يصحُّ التزامه في الذمَّة؛ ألا ترَى أنه لو أسلم إلَيْها دراهم في نكاحها، لم يصحَّ، وفي «شرح مختصر الجوينيّ» حكايةُ وجْهٍ عن أبي إسْحَاقَ المروزِّي: أنه يجب عليها الوفاء بذلك، ولا اعتماد عليه، وعن أحمد في أظهر الروايتَيْن: أنها تُعْتَق، وتصير زوجةً له بالمخاطبة التي جَرَت بينهما، إن حضرها شاهدان، ويجب عليها للسيد قيمتُها؛ لأنه أعتقها علَى عوض لا مجَّاناً؛ لكنه عوضٌ فاسدٌ، فصار كما لو أعتقها علَى خمرٍ أو خنزيرٍ، ولا فرق في لزوم القيمة بين أن يَفِيَ بالنكاح المشروط، أو لا يفي، وإذا رغبتْ في النكاح، فللسيِّد أن يمتنع، ولا تسقط القيمة بذلك، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: إن وقت، فلا قيمةَ عليها، وعن مالك أنَّه لا قيمة عليها بحال، ولو تَرَاضَيَا على النكاح، وأصْدَقَها غير القيمة الواجبة علَيْها، فلها ما أصْدَقَها، وعليها القيمةُ له، وقد يقعُ في التَّقَاصِّ، وإن أصدقها القيمةَ الواجبةَ عَلَيْها، فإن كانا عالمَيْن عند العقْد، صحَّ الإصداق، وبرئت ذمتها، وإن جهلا أو أحدهما، فوجهان:

أحدهما: وهو الأصح: الفسادُ، كما لو أصْدَقها سائِرَ المجاهيل، فلها مهْرُ المثْل، وَعَلَيْهَا الْقِيمَةُ.

والثاني: وبه قال ابن خيران: أنه يصحُّ؛ لأن القيمةَ لَمْ تَثْبُت مقصودةً، إنما كان مقصودُ السيد أن يَنْكِحَها، وإذا ثبت، فالغَرَضُ مِنْ جعله صَدَاقاً بَرَاءَتُها، وأيضاً، فإن القيمة بدلُ الرقبة، ولو أصْدَقَهَا عَبْداً، وَجهِلا قيمته، يصح، فكذلك ههنا ولو أتلفت امرأةٌ عبداً علَى رجل، ولزمتها قيمته، ثم نَكَحَها الرجلُ بالقيمةِ المجهولةِ، فسد الصَّدَاقُ، ورَجع إلَى مهر المثل قَالَ الإِمَامُ: ولو طرد طاردٌ الوجهَيْنِ في هذه الصورة، فهوَ قياسٌ، وإن نكحها على أن يكون صداقها عتقها صداقاً لها، فسد الصَّداق؛ لأن العتْقَ قد حَصَل وتقرَّر، فلا يصح أن يكون صداق النكاحِ متأخِّراً.

وفي «رقْم العباديِّ» وجه آخر: أنه يصح، وكأنه بالشرط السابق جَعَل رقبتها صَداقاً لها، والمستولدةُ، والمدبَّرة، والمكاتَبةُ، والمعتَقُ بعْضُها حكمُهن في الإعتاق على أن تَنْكِحْنَهُ حكْمُ القِنَّة.

وعن رواية أبي الحُسَيْن بْنِ الْقَطَّانِ وجه: أنه لا قيمة على المستولَدَة؛ لأَنَّهَا لا تبَاعُ وَلاَ تُشْتَرَى، ولو قال لغيره: أَعْتِقْ عبدك علَى أن أُنْكِحَكَ ابنتي، فأجاب أو قالت له امرأة؛ أَعْتِقْهُ علَى أن أنْكِحَك، ففعل، عَتَق العبد، ولم يلزم الوفاءُ بالنِّكَاح، وفي وُجُوبِ قيمة العبد وجهان، بناءً على القولين فيما إذا قال: أَعْتِقْ عبدك عنك علَى ألْفٍ؛ علَى أنه، هل يلزمه الألف؟ والأصحُّ عند الشيخ أبي حامد وصاحب «التهذيب» وغيرهما: أنه لا يلزمه؛ لأنه لا يعود إليه منفعةٌ بعتقه، ولو قال لأمته: أعتقْتُكِ على أنْ

تنكحي زَيْداً، فقبِلَتْ، ففي وجوب القيمة وجهانِ أيضاً حكاهما الحَنَّاطِيُّ، ثم في الفصْل وراء ما شرَحْناه مَسْأَلَتَانِ:

المسألة الأولى: لو قالتِ السيدةُ لعبْدِها: أعتقْتُكَ على أن تَنْكِحَنِي، ففي ٱفتقار العِتْق إلى القبول وجْهَان:

أحدهما: الافتقار، كما إذا قاله السيد لأمته؛ وهذا لأن المرأة قَدْ تقصِد نكاح رجل بعينه، وتبذل عليه المال، كما يقْصِد الرجل نكاحَ امرأةٍ بعينها، ويبذُل عليها المال، وَعَلَى هَذَا؛ فَإِذَا قَبِلَ، عَتَقَ، ولزمه قيمته، ولا يلزمه الوفاء.

وَأَصَحُّهُمَا: أنه يعتق من غير قبول، ولا شيء عليه؛ لأنَّها لم تشترطْ عليه عوضاً، وإنما وعدَّتْه وعداً جميلاً، وهو أن تصير زوجَتَه، فصار كما لو قال لعبْدِه؛ أعتقتُكَ عَلَى أن أعطيك ألْفاً، ولزوجته طلَّقتُكِ عَلَى أن أعطيك كذا، ينفُذ العتق. والطلاق من غير قَبُول وليس كما لو قال لأمته: أعتقتُكِ على أن تنكحيني، فإنَّ بضْعَ المرأة يتقوّم شرعاً مقابلَ بالمال، ونكاحُ الرجل ليس متقوماً على المرأة، ولا عبرة بقول الأول: إن المرأة قد تقصُد نكاح رجل بعينه، فإن ذلك، وإن كان يتَّفِق في العُرْف لا يصلح عوضاً في الشرعِ، كما لو قال: طلقتُكِ على ألا تحتجبي عني، فإنَّه لا يكُون عوضاً، حَتَّى يَقَعَ الطَّلاَقُ من غير قَبُول، وإن كان يقْصِده بعْض الناس في العرف.

[المسألة] الثانية: إذا لم يَأْمَنِ السيد وفاءها بالنكاح، ولم يُرِد العتق، إن لم تنكحْه، فَهَلْ لذلك من طريقٍ يَثِقُ به فيه وجهان:

أحدهما: نعم، قال ابن خيران: وطريقُهُ أن يقول: إنْ كان في علْم الله أنّي أنكِحُكِ أو تنكحيني بعد عِتْقِكِ، فأنتِ حرةٌ، فإن رغبتْ، وجرى النكاحُ بينهما، عَتَقَت، وحصَل غرَضُ السيد، وإلا، استمر الرقُّ، ونسب الإمام هذا الوجه إلَى صاحب «التقريب» وعبارته في هذا التعليق: إن يسَّر الله عزّ وجلّ ـ بَيْنَنَا نكاحاً فأنْتِ حرةٌ قبله بيوم، فإذا مضَى يومٌ ونكحته انعقد النكاح، وتبين حصول العتق قبله بيوم، وذكر اليوم جَرى على سبيل التمثيل والإيضاح، ويكفي أن يقول: فأنتِ حرة قبله، كما ذكره في الكتاب، ولفظ الصحيح في قوله «إن يسِّر اللّه بيننا نكاحاً صَحِيحاً» لا حَاجَةَ إليه، فإنَّ لفظ البيع والنكاح والعتق وسائر العقود يختصُّ بالصحيح منْها على الظاهر، كما سيأتي في «باب الأيمان».

والثاني: وبه قال الأكثرون من الأصحاب: لا يصحّ النِّكَاحُ في هذه الصورة، ولا يحصُل العتق؛ لأنه في حالة النكاح شاكٌ في أنها حرةٌ أو أمةٌ، كما إذا قال لأمته: إنْ دخلْتِ الدار، فأنتِ حرةٌ قبله بشهر، وأراد أن ينكِحَها في الحال لا يصح.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الفَصْلُ الخَامِسُ فِي تَزْوِيجِ العَبِيدِ)، وَالمَهْرُ وَالنَّفَقَةُ لاَزِمَانِ وَمُتَعَلِّقَانِ بِكَسْبِهِ وَبِالرِّبْحِ مِنْ مَالِ تِجَارَتِهِ، وَفِي تَعَلُّقِهِ بِرَأْسِ المَالِ وَجْهَانِ، وَالْقَوْلُ الجَدِيدُ أَنَّ السَّيِّدَ لاَ يَكُونُ ضَامِناً لِلمَهْرِ بِمُجَرَّدِ الإِذْنِ لَكِنْ عَلَيْهِ أَنْ يُمَكِّنَهُ حَتَّى يُؤَدِّي المَهْرَ مِنَ الْكَسْبَ وَالنَّفَقَةِ، فَإِنِ اسْتَخْدَمَهُ يَوْماً لَزِمَهُ كَمَالَ الْمَهْرِ وَنَفَقَةُ العُمُرِ عَلَى وَجْهٍ إِذْ رُبَّمَا كَانَ يَكْتَسِبُ مَا بَقِيَ بِجَمِيعِ ذَلِكَ، وَفِي وَجْهٍ يَلْزَمُهُ المَهْرُ وَنَفَقَةُ ذَلِكَ اليَوْمِ، وَفِي وَجْهٍ ثَالِثٍ وَهُوَ الأَصَحُّ لاَ يَلْزَمُهُ إِلاَّ أُجْرَةُ المِثْلِ كَمَا فِي الأَجْنَبِيِّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ليس كلامُ الفصل في كيفية التَّزويج ومن يزوِّج، وإن كانت الترجمة تقتضي ذلك، وإنَّما الكلامُ في المهْر والنفقة وغيرهما من أحكام النكاح، وهكذا كان الأمر في الفصْل الرابع المتَرْجَم بتَزْويج الإِماء، والفقْهُ يقع في مسألتين:

[المسألة الأُولَى][1]: أنَّ المهر والنفقة لاَ زِمَانِ في نِكَاح العبْد لزومهما في نكاح الحرِّ، وبم يتعلقان ينظر في العبد أهو محجور عليه أو مأذونٌ له في التجارة.

الحالة الأولَى: إذا كان محجُوراً عليه؛ فإما أن يكون مكتسباً [أو لا يكون؛ إن كان مكتسباً][2] فهما متعلقان بكسبه؛ لأنهما من لوازم النكاحِ، وكسبُ العبد أقربُ شيء يصرف إليهما، فالإِذْنُ في النكاح إذنٌ في صرف مكاسبه أو مؤناته، ويتعلَّقان بالأكساب العامَّة كالاصطياد، والاحتطاب، وما يحَصِّلُه بصنعة وحرفة، وبالأكساب النادرة الحاصلةِ بالهِبَة، والوصية.

وفيه وجهٌ: أنهما لا يتعلَّقان بالأَكْسَابِ النَّادِرَةِ بناءً على أنها لا تدخل في المهايأة، ولا تلحق بالأكساب العامَّة، وإنما يتعلَّقان بالمكتسب بعد النكاح، فأما المكتسب قبله، فهو خاصٌّ للسيد كسائر أمواله، ولو كان المهرُ مؤجَّلاً، فالمصروفُ إليه مما يكتسبه بعْد حلول الأجل دون المكتسب قبله، وهل للعَبْد أو مؤجر نفْسَه للمهر والنفقة فيه وجهانِ بناءً على القولَيْن في بيع المستأجر، إن منعناه، لم يكن لَهُ أن يؤجِّر نفسه، كيلا يفوت البيع على السيد، وإلا، فله ذلك قَالَ أَبُو سَعْدٍ المتولِّي؛ هذا في إجارة العَيْن، أما إذا التزم عملاً في الذمَّة، فالمذهب جوازه؛ لأنه دَيْنٌ في الذمة، لا يمنع البيع، وطريقُ الصرف إلَى المَهْر والنفقة أن يَنْظُرَ إلى الحاصل كلَّ يوم، فيؤدي منه النفقة، إن وَفَّى بها، فإن فضَل شيْءٌ، صرف إلى المهر، [و] هكذا كلَّ يوم، حتى يتم المهْر، فإذا تَمَّ، صرف الفاضل من النفقة إلى السيد، ولا يَدَّخر النفقة، وإن لم يكُنْ مكتسباً، فقولان، ويقال: وجهان:

---

(١) في أ: إحداهما.
(٢) سقط في ز.

أحدهما: أنه على السيد؛ لأن الإِذْنَ في النِّكَاحِ لِمن هذا حاله التزامٌ للمؤنات.

وَأَصَحُّهُمَا: أنَّه في ذمته؛ لأنه دَيْنٌ وجَب برضا المستحِقِّ، فصار كما لو استقْرَضَ شيئاً، وأتلفه وحكى القاضي ابن كج قولاً: أنه يكون في رقبته تَنْزيلاً له منزلة أُرُوش الجنايات، وأنَّ القاضِيَ أبا حَامِدٍ طَرَدَ هَذَا الْقَوْلَ فيما إذا كان العبْدُ مكتسباً أيضاً.

الحالة الثانية: إذا كان مأذوناً في التجارة، فالمهرُ والنفقةُ يتعلَّقان بربح ما في يده فإنَّه كَسْبُه، وفي رأس المال وَجْهَانِ:

أحدهما: المنْعُ، كسائر أموال السيد من رقبة العبد وغيرها.

وأظهرهما: التعلّق؛ لأنه دَيْن لزمه بعَقْدٍ مأذونٍ فيه، فكان كَدَيْنِ التِّجَارَةِ؛ وهذا لأنَّ العبد، إذا كان مَأْذُوناً، وكان في يده مالٌ، فأطماع المعامِلِينَ تمتدُّ إلى ما في يده، وإذا أَذِنَ له في النكاح، كأنه التزم صرْفَ ما في يده إلى مؤناته، والربح الذي يتعلَّقان به هو الحاصلُ بعد النكاح أم الحاصِلُ قبله وبعده؟.

فيه وجهان:

أحدهما: الحاصلُ بعْده خاصَّةً، كما ذكرنا في كَسْبِ غير المأذون.

وأظهرهما: الجمْعُ؛ لما ذكَرْنا في التعليق برأس المال، وإطلاقُ لَفْظ الكتابِ يُوافِقُ هذا الوجه، هذا كلّه في المهْر الذي يتناولُه الإِذْن، أما لو قَدَّر السيد المهر، فزاد العَبْد، فالزيادَةُ لا تتعلَّق إلا بالذمَّة كما سبق.

المسألة الثانية: يجبُ على السيد تخليةُ العَبْد ليلاً للاستمتاع، وله أَنْ يستخدمه نهاراً، إذا تكفَّل بالمهر والنفقة، وإلاَّ، فعليه أن يخليه؛ ليكتسب، فإن استخدمه، ولم يلتزِمْ شيئاً، فعلَيْه الغُرْم لما استخدم؛ لأنَّه لما أَذِنَ في النكاح، فكأنه أحال المُؤَن علَى كسبه، فإذا فوَّته طولبَ بها من سائر أمواله، كما أنه إِذَا بَاعَ الْعَبْدُ الْجَانِي، وصحَّحنا البيع، يلزمه للفداء[1]، بل أولَى؛ لأن الجناية هنا صدَرَتْ من العبد من غير أن ينتسب إلَيْها السيد، وفيما يغرمه وجهان:

أصحُّهما: أنه يغرم أقل الأمْرَيْنْ من أجرة المثل وكمال المهر أو النفقة.

والثاني: كمالُ المَهْر والنفقة وبنَوْهما على القولَيْن في أنه يفدي العبْد الجاني [بأقلّ][2] الأمرين من قيمته، وأرشَ الجناية أو بأرش الجناية بالغاً ما بلغ؟ وزاد الإِمَام ـ قدس الله روحه ـ نظراً فقال: استخدامه إتلافٌ لمنفعته، وإذا أَتْلَفَ السَّيِّدُ العبدَ الجانِيَ، فمنهم من طرد القولَيْن فيما يلزمه، والصحيحُ أنه لا يلزمه زيادةٌ على القيمة [قطعاً][3]؛

---

(١) في ب: القران.

(٢) في ز: بأول.

(٣) سقط في ز.

لأنه لم يُتْلِفْ إلا قدْرَ القيمة، فلتكنْ صورة الاستخدام كإتلافِ العبْد الجاني، وحكَى وجهين تفريعاً علَى قولِ وجُوب المَهْر والنفقة؛ يعتبر نفقة مدةِ الاستخدام، أو نفقةَ مدَّةِ النكاح ما امتد؛ لأنه ربما كان يكْتَسِب ما بقي بجميع ذلك والأظهرُ الأول، ويجيء مثل هذا الخلاف علَى قول إيجاب الأقلّ في النفقة المنظُور إليها، وإن استخدمه أجنبيٌّ، لم يلزمه إلا أجرة المثل؛ لأنه لم يوجدْ منه إلا إتلاف، ولم يسبق، منه ما سبَقَ من السيد، وهو الإِذْنُ المقتضي لالتزام مؤن النكاح في كسبه، وإذا اختصر الخلاف في استخدام السيِّد، حصَلَت ثلاثة أوجه، كما ذكر في الكتاب.

وللسَّيِّد أن يسافر بالعبد، وإن تضمَّن ذلك المنع له من الاستمتاع؛ لأنه مالك الرقبة، فيقدَّم حقُّه، كما أن له أن يُسَافِر بالأمة المزوَّجة، ثم للعبْدِ أن يسافر بها معَه، قال في «التهذيب» ويكون الكراء في كسبه، فإن لم تخرُجْ معه أو كانَتْ رقيقةً، فمنَعَها سيِّدُها، سقطت النفقة، وإن لَمْ يُطَالِبْهَا الزوج بالخروج، فالنفقةُ بحالها، والسيدُ يتكفل بها، فإن لم يفعلْ، ففيما يغرمه لمدة السفر الخلافُ السابقُ، هذا هو المنقول في الطُّرق وقد رواه الْمُزَنِيُّ عن نصفه في «الْمُخْتَصَرِ» وحكى الإمامُ عن العراقِيِّين؛ أنه ليس للسيد استخدامُه في الحَضَر، ولا أن يسافر به ما بَقِيت عليه مؤنةُ النكاح، وجعل المسألة مختَلَفاً فيها بين الأصحاب، ولا يكاد يُتحقَّق فيها خلاف.

واعلم أن أكثر ما ذكَرْنا في المسألَتَيْنِ متفرع على القول الجديد، وهو أنه إذا جرى النكاح بإذن السيِّد، لا يكون السيد ضامناً للمَهْر والنفقة بالإِذْن، ووجْهه: أنه لم يلتزمْ تصريحاً ولا تعريضاً، والتعلُّق بالكسب يحتاجُ فيه إلَى ضربٍ من التكليف، فما ظنك بالإلزام المطْلَق والتعلّق بجميع أموال السيد، وقال في القديم: يصير بالإِذْن ضامناً ملتزماً للمَهْر والنفقة؛ لأنَّ الإِذْنَ يقتضي الالْتِزام، وليس فيه تخصيصٌ بالكسب، فلا يفترق الحال بين مالٍ ومالٍ، وإذا قلْنا بالجديد، فلو أذن بشرط الضمان، لم يصر ضامناً أيضاً، إذا جرى النكاح؛ لأنه لا وجُوبَ عند الإِذْن، وإذا قلْنا بالقديم، فقد حكى أبو الفرج الزاز وجهَيْن: في أن الوجُوبَ يثبت على السيد ابتداءً أو يلاقي العَبْد، ويتحمَّل عنه السيد، فَعَلَى الأول لا تتوجَّه المطالبة إلا على السيد، ولو أبرأت العبد، فهو لغْوٌ، وعلى الثاني تتوجَّه المطالبة عَلَيْهما جميعاً، ويصحّ إبراء العبد، ويبرأ به السيد على قاعدة الضمان، قال أبو الفرج: وَالأَصَحُّ الوجْهُ الثاني؛ لأن العوض يحْصُل للعبد بخلاف ما إذا اشترى بإذن السيد، يكون الثمن عليه ابتداءً؛ لأن المِلْك في المنع يحْصُل له، وصاحب «التهذيب» أجاب بالوجْه الأول، ويقْرُب منه ما ذكره الإمَام؛ أن هذا وإنْ سُمِّيَ ضماناً على القديم، فليس هو بمثابة ما يلتزم بعَقْد الضمان، ولكن القولَيْن راجعان إلى أن أثر الإِذْن ينحَصِر في الكسب أم يعم جميع أموال السيد، وهو قريبُ المأخذ من الخلاف في أن عُهْدة تصرفات العبد المأذون تنحصرُ فيما في يده أم تتعلَّق بالسيد أيضاً

فعلى رأي الإِذْن في التجارة، فَمَا سلمه إِلَيْه حاصرٌ عهدة التصرُّف في المُسَلَّم إليه، والإِذن ههنا في النِّكَاحِ حاصر[1] الالتزام في أقرب شيء إلى العبد، وهو كسبه، وعلَى رأيٍ: لا تخصيص، وهذا تقريبٌ حسنٌ، لكنا ذكرنا أن الظاهر هناك التعلُّق بالسيد أيضاً، وههنا الأصحُّ الجديدُ بأتفاق الأصحاب خلافه، هذا حكْمُ المَهْر في النكاح الصحيح، وأمَّا الْمَهْرُ في النِّكَاحِ الْفَاسِدِ، ففيه مسألتان:

المسألة الأُولَى: إذا فسد نكاحُ العبْد لجريانه من غير إِذْن السيد، فيفرَّق بينه وبين زوجته، فَإِنْ دَخَلَ بها قبْلَ التفريق، فلا حَدَّ للشبهة، ويجب مهر المثل وبم يتعلَّق؟ فيه وجهان:

أصحُّهما: أنه يتعلَّق بذمة العبد؛ لأنه وجب برضا المستحِقّ، فصار كَمَا إذا اشترى أو استقرض بغير إِذْن السيِّد وأتلف.

والثاني: أنه يتعلق برقبته؛ لأنَّ الوطء إِتْلافٌ، فبذله لعلها فبدله كدُيُون الإِتْلاَفات، وهذا القول مِنْهُمْ مَنْ نسبه إلى [القول][2] القديم، ومنهم مَنْ قال: هو مخرَّجٌ من قولنا: إِنَّ السَّفِيهَ إذا نكَح بغَيْر إِذْن الوليِّ ووطىء يلْزَمه المهْر، والقول الأول يوافقُ قولَنا هناك: لا يلزمُهُ شَيْء؛ لأن المرعيَّ هُنَاكَ حقُّ السفيه فينتفي الوجوب أصلاً، والمرعيُّ ههنا حقُّ السيد، ولا ضَرَرَ عليه في التعلُّق بالذمة، فعلَّقناه بها وفي «النهاية»: أن من الأصحاب من لم ينسبه قَولاً للشَّافِعِيِّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ وقال: إنَّه حكَى مذهب الغير.

وإن جرى النكاح من غير إذن مستحِقِّ المهر بأن نكح أَمةً دون إِذْن سيِّدها، ودخل بها، فطريقان:

أحدهما: وبه قال ابن الحدَّاد: القطْعُ بأنَّ مهر المثل يتعلَّق بالرقبة، كما لو أكْره أمةً أو حرةً على الزنا.

والثاني: طَرْد القولَيْن، ومن قال به، قال: المهر، وإن كان حقاً للسيد، إلا أنَّها بسبيلٍ من إسقاطه في الجملة؛ بدليل ما إذا ارتدَّتْ أو أرضعتِ الزوجَ، وهو صغير، فإذا جاز أن يَسْقُطَ بفِعْلها، جاز أن يتأخَّر برضاها.

قال الشيخ أبو عليٍّ: ويقْرُب من هذا الخلاف ما إِذَا زَنَتْ طَائِعَةً، هل يسقط المهر؟.

المسألةُ الثانية: إذا أَذِنَ السيدُ في النكاح، فنكح نِكَاحاً فَاسِداً، ودخَل بها قبل أَنْ يُفرَّق بينهما، فبِمَ يتعلق مهر الْمِثْلِ؟ ينبني ذلك على أن الإِذْن في النكاح يتناول الصحيح

---

(١) في ز: حاضر.
(٢) سقط في ز.

والفاسد أم يختص بالصحيح؟ وقد نقلوا فيه قولَيْن:

أحدهما: أنه يتناولُهما؛ لوقوع الاسْم على الفاسد؛ ولأن النكاح الفاسدَ يُشَارك الصحيح في كثير من الأَحْكَامِ، فَعَلَى هذا يتعلّق بكسبه، كالمهر في النكاح الصحيح.

وأصحُّهما: أنه يختصُّ بالنكاح الصحيح؛ لأن مطْلَق الاسم ينْصَرِف إليه، ولذلك نقُول: لو حلف ألاَّ ينكح، فنكح نِكَاحاً فَاسِداً، لا يحنث، والأَحْكَامُ المذكورة هي أحكام الوطء لا أحكام النكاح، فعلَى هذا هو كما لو نكَحَ بغَيْر إذْنٍ، فيعود القولان في التعلُّق بالذم أو الرقبة، ويحْصُل عنْد الاخْتِصَار ثلاثةُ أقوالٍ، كما أشار إلَيْها صاحب الكتاب في «فصْل الغرور» ولو نكح بالإِذْن نكاحاً صحيحاً، ولكنْ فسَدت التسمية.

قال الصيدلانيُّ: يتعلَّق مهر المثْل بالكسب لا محالة، [ولو صرح][1] بالإِذْن في النكاح الفاسدِ، ووجب مهر المثل، نقياس هذه المسائل تعلُّقه بالكسب أيضاً.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (فَرْعٌ) إِذَا اشْتَرَتِ الحُرَّةُ زَوْجَهَا أَوْ اتَّهَبَتْ قَبْلَ الْمَسِيسِ سَقَطَ نِصْفُ الْمَهْرِ عَلَى قَوْلٍ، وَجَمِيعُهُ عَلَى قَوْلٍ، وَإِنِ اشْتَرَتْهُ بِالصَّدَاقِ الَّذِي ضَمِنَهُ السَّيِّدُ لَمْ يَصِحَّ الشِّرَاءُ إِنْ فَرَّعْنَا عَلَى سُقُوطِ جَمِيعِ الْمَهْرِ، لأَنَّ تَصْحِيحَهُ يُؤَدِّي إِلَى إِبْطَالِهِ، فَإِنَّهُ إِذَا سَقَطَ العِوَضُ بِحُكْمِ الفَسْخِ عَرِيَ البَيْعُ عَنِ الْعِوَضِ، وَإِنِ اشْتَرَتْهُ بِالصَّدَاقِ بَعْدَ الْمَسِيسِ وَقُلْنَا: إِنَّ طَرَيَانَ المِلْكِ عَلَى الرَّقِيقِ يُبْرِىءُ ذِمَّتَهُ عَنْ دَيْنِ السَّيِّدِ المُتَمَلِّكِ لَمْ يَصِحَّ الشِّرَاءُ أَيْضاً لأَنَّ العَبْدَ إِذَا بَرِىءَ بَرِىءَ السَّيِّدُ الَّذِي هُوَ الكَفِيلُ فَيُعَرَّى عَنِ الْعِوَضِ، وَإِنْ قُلْنَا: الْمِلْكُ الطَّارِىءُ لاَ يُسْقِطُ الدَّيْنَ صَحَّ الشِّرَاءُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: عرفْتَ في «قسم الموانع» أن الزوج لو ملَكَ زوجته أو شيئاً منها، أو ملَكَتِ الزوجةُ زوْجَها، أو شيئاً منه، انفسخ النكاح، ولو كان للرجُلِ عبدٌ في نكاحه أمةٌ، فدفع إليه مالاً، وقال: اشتَرِها لي، ففعل، صح، واستمرَّ النكاح، كما يجوز أن يزوِّج عبده من أَمَتِهِ، ولو ملَّكه المال، وقال اشترها لنَفْسِكَ، ففعل، فيبنَى على أن العبد، هل يملك بتمليك السيد إن قلنا: نعم، انفسخ النكاح، وإن قلْنا: لا، فالملك للسيد، ويستمر النكاحُ، واقتصر صاحب «الشَّامِلِ» ـ رحمه الله ـ في التصويرَ علَى ما إذا دفع إِلَيْه المال، وقال: اشتريها لنفْسِك، ففعل، وأجاب بهذا البناءِ، كأنه جعل ذلك تمليكاً ضمناً، وإلاَّ، فكيف يشتري لنفسِه بمال غيره؟! ويجوز أن يُقَالَ: قد ذَكرنا في البيع وجهَيْن، فيما إذا اشْتَرَى بمالِ نفْسه لغيره بإِذْنِ ذلك الغير، هَلْ يَصِحُّ، فَإِذَا جَوَّزْنَا أن يشتريَ بمالِ نفْسه لغيره عن إذْنه، لم يبْعد أن يشتري لنفسه بمال غيره، وإذا قيل به،

---

(١) في ز: بل لوضوح.

فقد ذكرنا وجهين في أن المالَ يكُون قرضاً أو هبةً، فإن جعلْناه قرضاً، فههنا يقع الشراء للسيِّد، والسيدُ لا يقرض عبده، وإن جعلْناه هبةً، فيجيء الخلافُ في أن العبد، هل يملك بتمليك السيد.

ولو اشترى مَنْ بعْضُه حرٌّ، وبعضُه رقيقٌ زوجَتَه؛ نُظِر؛ إن اشتراها بالكسب المشترك بينهما، وأذن له السيدُ ملَك قسْطاً منها، وانفسخ النكاحُ، وإنْ لم يأذنِ السيدُ، لم يصحَّ في نصيبه، وفي نصيب العبْد قولا تفريقُ الصفقة، إن صحَّ، انفسخ النكاح، وإن اَشْتَرَاهَا بخالصِ مَالِهِ من كسبه، فإن جرتْ بينهما مهايأةٌ، انفسخ النكَاحُ، وإنِ اشتراها بخَالِصِ مالِ السيد من كسبه بإذنه، لم ينفسخ النكاح وكذا الحكم لو اشترتِ التي بعْضُها حرةٌ، وبعضُها رقيقٌ زوْجَها، إذا تقرَّر ذلك، فمقصودُ الفصل مسألتان:

المسألة الأُولَى: في حُكْم المهر، إذا انفسخ النِّكَاحُ بحدوث المِلْك، وكتابُ الصداق أحقّ بهذه المسألة، لكنَّ الأصحاب أوردُوها ههنا، وإذا ملكتِ الزوجةُ زوْجَها بشراء أو اتِّهَابٍ، أو غيرهما، نُظِر؛ إن كان ذلك قبْلَ المسيس، حكى الإمام وصاحبُ الكتاب فيه قولَيْن:

أحدهما: أنه يسقط نصْفُ المهر؛ لأن الانفساخ حصل بالعقد الجاري بين البائع، وبين الزوْجة، والبائعُ قائمٌ مقامَ الزوْج من حيثُ إنه سيده، والفراق إذا حصل بصنع الزوجَيْن، غُلِّبَ جانب الزوج، ويُشطَّر المهر، كما لو خالَعَها قبل المسيس.

وأصحُّهما: أنه يسقط جميعه؛ لأنَّ الفرقة حصلَتْ بالزوجة، والسيدُ لا اختيار للزَّوْج فيها؛ ولأن الزوْجَة هي المتملِّكة، والمِلْكُ هو الذي ينافي الزوجية ويقْطَعها، وصار كما لو ارتدَّت، فعلى هذا تردُّ المهر، إن قبضته، وعليها الثمن، وعلى الأول تردُّ النصف، وعليها الثمنُ، وقد يتحد الجنس، فيقع في التقاص، والعراقيُّون من الأصحاب، والشيخ أبو عَلِيٍّ، وغيرهم نقَلُوا في المسألة بدَلَ القولَيْن وجهَيْن، والأمر فيه قريب؛ لأن أبا الفَرَج السَّرْخَسِيَّ قال: ظاهر لفْظِ في «المخْتَصَر» ههنا سقوطُ جميع المَهْر، وقال فيمن اشْتَرَى زوجته الأمة إنه يجب نصْف المهر، والصورتان متشابهتان من حيْث إن الفَسْخ فيهما حصلَ بعقْدٍ جرى بين مستحقِّ المهر وبين مَنْ عليه فمنهم من جعلها على قولَيْن تصرّفاً في النصَّيْن، ومنهم مَنْ فَرَّقَ بأنَّ هناك حصَلَ الفراقُ بالزوْج وغيره، فغلِّب جانبُ الزَّوج، كما في الخُلْع، وههنا لا صنع للزوج في سبب الفِرَاق، فهذا أصحُّ فأفاد كلامه شيئَيْن:

أحدهما: تولُّد الخلاف في التصرُّف في النصَّيْن، وقد بيَّنَّا أن مثل ذلك قد يسمَّى وجهاً، وقد يسمَّى قولاً.

والثَّاني: قطَع بعضهم بسقوط جميع المَهْر في المسألة.

ولو ملكتْ زوْجهَا بعد المسيس، فلا يسقط المهرُ بالانفساخ، ولا يردُّ شيئاً، إن قبضته، وإنْ لم تقبض، فقد ملكَتْ عبداً لها في ذمَّتِه دَيْن، وفيه وجهان، سَبق ذكْرُهما في «كتاب الرهن» وغيره:

أحدهما: أنه يسقطُ، كما لا يثبت له دَيْنٌ على عبده ابتداءً.

وأصحهما: أنه يبقى كما كان، وللدوام من القوّة ما ليس للابتداءِ، فإنْ قلنا: يسقط، برئت ذمة العبد من المهر، وللبائع الثمنُ عليها وإن قلنا: يبقى، فلها مطالبةُ العبد، إذا عتَق، وللبائع الثمنُ علَيْها في الحال، فإن كان السيدُ البائعُ قد ضمن لها المهر، فلها المهر عليه بحكم الضمان، وله عليها الثَمن، وقد يَقَع في التَّقَاص، هذا حكم المهر، إذا ملكت الزوجةُ زوْجَها.

أما إذا ملَك الزوْجُ زوجته بالشراء، نُظِر؛ إن ملكها بعد المسيس، فعليه المهر للبائع مع الثَّمن، وإن ملكها قبله، فالنصّ وجوب نصف المهر، والأصحابُ مختلفون منهم من أثبت وراءه قولاً آخر: أنه يسقط جميع المهر؛ إمَّا أخْذاً من القوْل بسُقُوط جميع المهر، إذا ملكت هي زوْجَها علَى ما حكاه السَّرْخَسِيُّ، وإمَّا أخْذاً من نصه فيما إذا كانتْ مفوّضةً، وملكها الزوج قبل المسيس؛ لأنه لا متعةَ، فخرج منه أنه لا مَهْر، إذا لم تكن مفوضة، ومنهم مَنْ قطع بالقول الأول، ولم يُخرِّج قولاً آخر، والفرق بينه وبين ما إذا ملكت زوْجَها قد مَرَّ، والفرق بين المسمَّى وبين المتعة أن المسمَّى وجب بالعقدُ، والعقد جرَى في ملك البائع، وإذا تملَّكها الزوج، كان له الشطْرُ، والمتعةُ إنَّما يجب بالفراقِ، والفراقُ حَصَل في مِلْك الزوج، فكيف نوجبُ له علَى نفسه المتعة، ولذلك قلْنا: إنَّه لو باعها من أجنبيٍّ، ثم طلقها الزوج قبل المسيس يكون نصْفُ المهر للبائع، ولو كانتْ مفوضةً تكون المتعة للمشتَرِي، ولو نكح جاريةَ مورِّثه كأبيه وأخيه، ثم ملك بالإِرْث بعْضَها أو كُلَّها، فإنْ كان ذلك بعد الدُّخُول، لم يسقط المهر بالانفساخ؛ لاستقراره، وهو تركة الميت، فإن احتيج إلى استيفائه لقَضَاء الدُّيُون.

وتنفيذ الوصايا، فعل، وَإِلاَّ، سقط، إنْ كَانَ النَّاكِحُ حَائِزاً؛ لأن ما كان عليه قد صار له، وإِنْ لم يكن حائزاً، فلغيره من الورثة استيفاء نصيبه، وإن كان قبل الدخول، ففيه وجهان. قال ابنُ الْحَدَّادِ: يسقط جميعُ المهر؛ لأنه لا صنْعَ من قِبَل الزَّوْج في سبب الفراق، وعلى هذا يستردُّ من التركة، لو كان قد قبضه، وقال غيره، وهو الأظهر، لا يسقط إلا النِّصْف؛ لأنه لا صُنْع من قبلها أيضاً، وهذا يَكْفِي لبقاء نصْف المهر؛ ألا تَرَى أنه لو كان تحْتَه زوجتان صغيرةٌ وكبيرةٌ، فأرضعت الكبيرةُ الصغيرةَ، وانفسخ نكاحهما، يجب للصغيرة نصْفُ المهْر، وإن لم يكن من جهة الزَّوْج صَنْعٌ فيه؛ لأنه لا صنْعَ من جهتها، فعلَى هذا، إن كان حائزاً، سقَطَ النصْفُ الآخر؛ لأنه المستحِقُّ له،

وإن كان معه غيْرُه، سقَط نصيبُه، وللآخر أَخْذُ نصيبه، ولو زوَّج الرجُل ابنته من عبده بإذْنها، ثم مات، فورثَتْ بعْضَ زوْجِها، فإن كان بعد الدخول، فَقِسط ما ورثته من المهر، دَيْنٌ لها على مملوكها، ولها المطالبةُ بالباقي مِن كَسْبه مما ترث منه، وإن كان قبل الدُخُولِ، فعلَى قول ابن الحدَّاد، يسقط جميع المهر، وعلى قولِ غيره؛ لا يَسْقُط إلا النصف، وحكم النصف الباقي حكْمُ الكلِّ بعد الدخول.

المسألة الثانية: ليعلم أن ما ذكرنا في المسألة الأولَى فيما إذا اشترت زوْجَها مصوَّرٌ فيما إذا جرى البيع بعين الصَّدَاقِ، فيتصور أن يجري البيع بعين الصداق، والغرض الآن الكلام فيه، فنُقدِّم عليه مقدِّمَتَيْنِ:

إحداهما: إذا نكح العبْدُ نِكَاحاً صَحِيحاً، وقلنا: لاَ يَصِيرُ السَّيِّدُ ضَامِناً للمهْر بالعقد، فلو ضمن عنه، جَازَ، لأنه ضمانُ دَيْنٍ لازم، ثم يُنْظر؛ إن كان العبدُ كسوباً، فللزوجة مطالبةُ العبد والسيِّدِ جميعاً، وإلاَّ، فلا يطالب إلاَّ السيِّدُ، وكذا الحكم لو طلَّقها بعْد الدخول، والمهر غير مقبوض، وإن طلَّقها قبل الدخول، سَقَطَ نصف المهر عنْها، ومطالبتُها بالنصفِ الآخر على التَّفْصيل المذكور، فإن كانَتْ قد قَبَضَت المهر، فيردُّ النصف على السيد، إن بقي الزوج على الرِّقِّ عند الطلاق، وإن كان قد أعتقه، فعلى الزوج؛ لأنه مكتسبٌ بالطلاق، ذكره الشيخ أبو حامد.

والثانية: صورةُ البيع بعَيْن الصداق: أن يلتزم السيِّد الصداق، إمَّا بأصْل العقد على القديم أو بالضَّمان اللاَّحِقِ على الجديد، فيصرِّح المتبايعان بالإضافة إلَيْه؛ بأن يقول سيد العبد لزوجته الحرَّة بَعْتُهُ لك بِصدَاقِكِ الذي يلزمني، وهو كذا، فتشتري، أما إذا صرَّحا بالمغايرة، أو أطلقا فهو بيْعٌ بعين الصداق.

مثاله: كَانَ الصَّدَاقُ ألْفَ درْهم، وقال: بعْتُكِ بِأَلْفٍ غَيْر الصداق أو بألفين أو أَطْلَقَ، وقال: بعْتُكِ بألْفٍ أو بألْفَيْن، وإذا اختلَفَ جنْسُ الصداق والثمن، فلا شَكَّ في المغايرة، ولو دفع عيناً إلى عبده، وأذنَ له في أن يَنْكِح امرأةً، ويُصْدِقها تلْك العين، ففعل، ثم باع العبد لها بتلك العين، فلا شَكَّ في أنه بيعٌ بعين الصداق.

إذا عرفت ذلك، فالبيع بعَيْن الصداق، إما أنْ يجري قبل المَسِيس أو بعْدَه.

الحالة الأُولَى: إذا جرى قبل المسيس، فإنْ فرَّعنا علَى سقوط جميع المهْر، إذا تملكت زوجها قبل الْمَسِيسِ، وهو الصحيح، لم يصحَّ البيع، ويستمرُّ النكاح؛ لأنه لو صحَّ، لملكت الزوجَ وانفسخ النكاح، وإذا انفسخ، سقط المهرُ، وعرى البيع عن العوض، وإذا على البيعُ عن العوض، بَطَلَ، فتصحيحه يجر إلى بطلانه، [و] هذا ما نصَّ عليه الشَّافِعِيُّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ وجمهور الأصحاب، وقال: الشيخ أبو عليٍّ: يجب عندي أن يصحَّ البيع، ويبطل النكاح؛ لأن البيع وارتفاع النكاح لا يقَعَانِ معاً، بل

يكون الفسْخُ بعد البيع، وحصُول الملْك، حتَّى لا يحكم بانفساخ [النكاح][(١)] ما دَامَا في المجْلِس، إنْ قُلْنَا: إن الخيار يمنع حصول الملْك للمشتري، وإن كان الانفساخ عَقِيبَ البيع والملك، فيكون ملْكُها عن الصداق زائلاً مع حُصُول ملْكها في الرقبة، فلا يَبْطُلُ الثمن بالانفساخ بل أثر الانفساخ الرجُوعُ إلَى بدل الصَّداق، وهذا كما لو وكَّلت رجلاً بأن يشتري لها عَيْناً من الزَّوْج بالصَّداق قبل المسيس، فاشترى، وارتدَّتْ هي عَقِيب الشراء، ويرجع الزوْجُ عليها بَبَدل الصَّدَاق، والتصرُّف الذي بَاشَرَهُ الوكيلُ لا يَبْطُلُ، وَهَذَا الذي أَوْرَدَهُ الشَّيخُ أقامه صاحب «التتمة» وجهاً من غير أن ينْسُبه إليه، فإن فرَّعنا على أن تَمَلُّكَهَا الزوْجَ قبل المسيس يقْتَضِي التَّشْطير، فينبني هذا على خلافٍ سنذكره في الحالة الثانية، وهي: إذا جرى البيعُ بعْد المسيس، فإنْ لم يصحَّ البيع هناك، فكذلك ههنا، وإن صحَّحنا هناك، فالذي يلزم ههنا من صحَّة البيع وانفساخ النكاح، سقوطُ نصف الصداق، فلا يَسْقُط إلا نصْفُ الثمن، فيبطُلُ البيع في نصْف العبد، ويخرج في الباقي علَى تفريق الصفقة، فإن فرقنا، ينفسخ النكاح، هذا هو الجوابُ على المشهور، وعلى تخريج الشَّيْخ أبي عليٍّ؛ يصحُّ البيعُ في جميعه لا محالة.

الحالة الثانيةُ: إذا جرى البيع بعين الصَّداق بعد المسيس، فيبنَى على الخلاف في أن مَنْ ملك عبداً له عليه دَيْن، هَلْ يَسْقُطُ ذَلِكَ الدَّيْنُ للمِلْك الطارىء إن قلْنا: لا يسقط، يصحُّ البيع، وتصيرُ مستوفيةً للمهر المستقر بالدخول، ولا شيءَ لواحدٍ من المتبايعَيْن على الآخر، وإنْ قلنا: يسقط وتبرأ ذمة العبد، فوجهان:

أَحَدُهُمَا: وهو المذكور في الكتاب: أنه لا يصحُّ البيع؛ لأنه لو صَحَّ، لملكته وبرئت ذمته، وإذا برىءَ العَبْد، وهو أصيلٌ، برىء السيد الذي هو كفيلٌ، فيعرى البيعُ عن العوض، كما في الحالة الأُولَى.

وأظهرهما: وبه أجاب الشيخ أبو حامد: أنه يصحُّ، وليس كما قبل المسيس، فإنَّ سقوط المهر هناك بانفساخ النِّكَاح بدليلِ أنَّه لو كان مقبوضاً، يجبُ رده، فَلاَ يمكن جعله ثمناً، وههنا سبب السقوط حدوث الملْك، وإذا جعَلَه ثمناً، فكأنها استوفَتِ الصداق قبل لزوم البَيْع، فليس لها بَعْدَ ما ملكَت الزوْجَ صدَاقٌ في رقبته[(٢)]، حَتَّى يسْقُطَ، وهذا قريبٌ مما ذكره الشيخ أبو عليٍّ في توْجيهه تخْريجه، ويُروَى أن القفال كان يحْفَظُ عن شيوخ الأصحاب صحَّة البيع في المسألة، ثم إِنه رَأى في المنام أنه سُئِل عنْها، فأجاب بالفَسَاد، وعلَّل سقوط الدين بحُدُوث الملك، ثم رأى الوجهَيْن بعد ما أثبته في كلام الأئمة ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ـ وجميع ما ذكرنا فيما إذا اشترتِ الزوجةُ زوْجَها

---

(١) سقط في ز.

(٢) قال الشيخ البلقيني: قوله «في رقبته» وهم وصوابه فليس لها بعدما ملكت الزوج صداق في ذمته.

مصوَّرٌ فيما إذا كانت الزوجَةُ حرةً. أما إذا كانت أمةً، واشتراتِ الزوجَ بإذْن سيدها، أو كانت مأذوناً لها في التِّجَارة، فاشترته للتِّجارة، فيصحُّ البيع، ويستمرُّ النكاح؛ لأن المِلْك ههنا للسيد، ولا فَرْقَ في ذلك بين ما قبل المسيس أو بعْده، ولا بين أن يكون الشراءُ بعَيْن الصداق أو غيره، ولكن لو اشترتْه بعَيْن الصداق، يبرأ السيد، ويبرأُ العَبْد أيْضاً؛ لأنَّ الكفيل، إذا أدَّى الدَّيْن، بريء الأصيل عن حقِّ المكفول له، ولا رجوعَ للسَّيِّد على العبد، كما لو ضمن عن عبده، ديناً آخَرَ، وأداه في رقِّه، وإن اشترته بعين الصداق، ففي سقوطِ الصَّداق عن العبد؛ لأن سيِّدَها ملكه وله علَيْه دَيْنٌ، الخلافُ الذي تكرَّر، فإن سقط، بريء سيده البائع عن الضمان؛ لبراءة الأصيل، ويبقَى الثمنُ بحُكْم الشراء، فإن لم يُسْقُطْ، فلسيد الأمة على بائع العبد الصدَاقُ، وللبائع عليه الثمن، وقد يقع في التقاص فإذا تقاصا بَرِئتْ ذمة العبْد عن حقِّ المشتري؛ لأنَه بالتقاص استوفَى حقَّه عن البائع.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَلِلدَّوْرِ الحُكْمِيِّ نَظَائِرُ (إِحْدَاهَا): لَوْ كَانَتْ أَمَتُهُ ثُلُثَ مَالِهِ فَأَعْتَقَهَا وَنَكَحَهَا وَمَاتَ لَمْ يَكُنْ لَهَا طَلَبُ المَهْرِ لأَنَّ ذَلِكَ يُلْحِقُ الدَّيْنَ بِالتَّرِكَةِ وَيُبْطِلُ الْعِتْقَ وَالنِّكَاحَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قوله: «وللدَّوْرِ الحُكْمِيِّ» يريد به الإشارة إلى أن المسائل التي فيها الدَّوْرُ نوعان:

أحدهما: ما ينشأ الدَّوْرُ فيه من محض حكْم الشرع، كما ذكَرْنا فيما إذا اشترتْ زوْجَها قبل المسيس من السَّيِّد بالصَّدَاق الذي ضَمِنَه، فإنَّه إذَا صَحَّ الْبَيعُ، ثَبَتَ الْمِلْكُ، وإذا ثبت الملكُ، انفسخ النكاحُ، وإذا انفسخ النِّكاح، سَقَطَ المهْرُ المجْعُول ثمناً، وإذا سَقَطَ فَسَد البيع، فَهَذِهِ ٱلأَحْكَامُ المترتِّبة، ولدَّت الدَّوْرَ.

والثَّاني: ما ينشأ الدَّوْرُ فيه من لفْظةٍ يأتي بها الشَّخْص، كما في مسألة دَوْر الطَّلاَقِ وعنْدها نذكر أكثر صُوَر الدَّوْر اللفظِّي، ولَمَّا جرى ههنا بيان المسألة التي هي من الدَّور الحكميُّ، أورد خمس مسائل من نظائرها، وكذلك اعتماد الأئمة.

المسألة الأُولَى: أعتق أمةً له في مرضِ موتِهِ، ونكَحَها على صدَاقٍ سمَّاه، فيُنظر؛ إن لم تخرج من الثلث [فحكمه ما بيَّنَّاه في المَسَائل الدَّوْرِيَّةِ في «كتاب الوصايا»، وإذا خرجَتْ من الثلث، فيُنْظَرُ؛ إن كان قدر الثلث بلا مزيد، لما إذا كانتْ قيمتها مائةً، وهو يملك مائتَيْن سواها][1] فالنِّكَاحُ صحيح، ثم إنْ لم يجر دخولُ، فلا مهر لها؛ لأنه لو

(١) سقط في ز.

ثبت، كان دَيْناً على الميِّت، وحينئذٍ، فلاَ يخْرُج عن الثلث، ويرقُّ بعضها، وحينئذٍ، يَفْسُد النكاح، ويبْطُل المهر، فإذن إثباته يؤدِّي إلى إسقاطه، فيسقط، وهذه هي الحالةُ التي أوردها صاحب الكتاب، وإن أطلق اللفظ إطلاقاً، ولـم يذْكُرْ في التصوير وقُوعَ الإعتاق والنكاح في مَرَض الموت، ولكنْ في التقييد بكَوْنها ثلث ماله ما ينبه عليه، وإنْ جرى الدُّخول فقدْ ذكرنا حكمه في «باب الوصايا»، وسواءٌ جرَى الدخولُ أو لَمْ يَجْرِ، فلا ترث بالزوجيَّة؛ لأن عتقَها وصيَّة، والوصيةُ والميراثُ لا يجتمعان[1]، فلو أثبتْنا الميراثَ، لَزِم إبطالُ الوصيَّة، والوصيَّةُ ههنا الإعتاق، وإذا بَطَلَ، بطَلَت الزوجية، وحينئذٍ، فيبطل الميراثُ، وَإنْ كانتِ الأمةُ دون الثُّلُث، فقد يمكْنِها المطالبةُ بالمَهْر؛ لخروجها من الثلث بعْد الدَّيْن، وهذا كلُّه مبنيٌّ علَى أنه يجوز له نِكَاحُهَا في مرَضِ الموت، وهو الظاهر، وحكَى أبو عليٍّ والْحَنَّاطِيُّ وجهاً؛ أنه لا يَجُوزُ، وهو ما حكَيْنا من قَبْلُ عن ابن الحدَّاد؛ أن المعتقة في مرض المَوْت لا يجوز لقريبها تزويجها لإمكان ألاَّ تخرج من الثلث عند الموت.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الثَّانِيَةُ) إِذَا زَوَّجَ المَرِيضُ أَمَتَهُ عَبْداً وَقَبَضَ صَدَاقَهَا وَأَتْلَفَهُ ثُمَّ أَعْتَقَهَا فَلاَ خِيَارَ لَهَا إِذْ لَوْ فَسَخَتْ لارْتَدَّ المَهْرُ وَلَمَا خَرَجَتْ عَنِ الثُّلُثِ فَيَبْطُلُ الْعِتْقُ وَالخِيَارُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: زَوَّج أمتَهُ من عبْدِ غيره، وقبَضَ الصَّدَاق، وأتلفه بإتفَاق وغيره، ثم أعتقَهَا في مرض موته أو أوصَى بعِتْقِها، فعَتَقَتْ، وهي ثُلُثُ ماله، وكان ذلك قبْلَ الدخول، فلَيْسَ لها خيارُ العِتْق؛ لأنها لو فسَخَت النكاحَ، لوجب ردُّ المهر من تركة السيد، وحينئذٍ، فلا تخرُجُ بتمامها من الثلث، وإذا بقي الرِّقُّ في البعضْ لا يثبت الخيار، فإثبات الخيار يجر إلَى سقوطه، وكذا الحُكم، ولو لم يتلف الصداق، وكانت ألأمَةُ ثُلُثَ أمواله مع الصداق، ولو خرجتْ من الثلث دون الصداق أو اتفق ذلك بعْد الدُّخول واستقرارِ المَهْر، فلها الخيارُ، ولو كَانَتِ الْمَسْأَلَةُ بحالها إلا أنَّ الإعتاقَ وُجِدَ مِنْ وارثه بعد موته، فينظر؛ إن كان الوارثُ معسِراً، فلا خيار لها؛ لأنها لو فسَخَت النكاح، لزم رد المهر من تركة المَيِّت، وإذا كان على الميِّت دَيْنٌ، لم ينفذ إعتاق الوارث المعسِرِ على الصَحيح، وإذا لـم ينفُذِ الإعتاق، لم يثبت الخيار وإن كان الوارثُ موسِراً، فقد ذكَرْنا في الرهْن خلافاً في أن الوارث الموسِرَ، إذا أعتق عبد التركة، وعلى الميت دينٌ، ينفذ العتْقُ في الحال، أو يتوقَّف نفوذه على وُصُول دَيْن الغرماء فإن قلنا: ينفذ في الحال، وهو الأظهرُ، عتقَتْ، ولها الخيار، فإن فسَخَت، غُرِّم الوارثُ لسيِّد العبد أقلَّ

---

(١) ما ذكره الشيخ من أن الإرث والوصية لا يجتمعان ظاهر إذا قلنا: إن الوصية لوارث باطلة، فإن قلنا بالمذهب: إنها موقوفة على الإجازة فلا يمتنع اجتماعهما.

الأمرين من الصدَاق وقيمة الأمة، كما لو مَاتَ، وعليه دَيْنٌ، وله عبدٌ، فأعتقه وارثُه الموسر، يلزمه أقلُّ الأمرين من الدَّيْن وقيمة العبد، ولو كان على الميِّت دَيْن، فالقيمةُ التي يُغَرَّمُها الوارثُ يتضارب فيها سيِّدُ العبد والغرماء.

وقوله في الكتاب: «إذا زوج المريض أمته عبداً» فيه تقييد بما إذا وَقَعَ التزويج في المرض، وذلك لَيْسَ بشَرْط في صورة المسألة، وكذلك لا يُشْتَرَط وقوع الاتفاق في المرض، وإنما المعتبر وقوع الإِعْتَاق في المرض، ولا بدّ أن تكون الأمةُ ثُلُثُ الْمَالِ أو أقلَّ، وأن يكونَ ذلك قبل الدُّخول، ولم يتعرَّض لذلك في اللفظ.

وَقَوْلُهُ: «فيبطل العتق» أي: عَتَقَ جميعها.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **(الثَّالِثَةُ): لَوْ مَاتَ رَجُلٌ وَخَلَّفَ أَخاً وَعَبْدَيْنِ فَأَعْتَقَهُمَا فَشَهِدَا بِأَنَّ لِلمَيِّتِ ابْناً مِنْ زَوْجَتِهِ فَإِنَّهُ يَثْبُتُ الزَّوْجِيَّةَ وَالنَّسَبَ دُونَ المِيرَاثِ؛ لأَنَّهُ لَوْ وَرِثَ الابْنُ أَبْطَلَ العِتْقَ وَالشَّهَادَةَ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَاتَ عَنْ أَخٍ وعَبْدَيْنِ، والأخُ هو الوارثُ في الظاهر، فأعتق الأخُ العبْدَيْن، ثم ادَّعتِ المَرْأةُ أنَّها زَوْجةُ المَيِّت، وابنها أنه ابنُ الميت، فشهِدَ المُعْتَقَان لهما ثبتت الزوجية والنَّسَب، ولا يَرِثُ الابن؛ لأنه لو وَرِثَ، لَحَجَب الأخ، وإذا صار محجوباً، بَطَلَ إعتاقه، وإذَا بَطَلَ الإعتاق، بطَلت الشهادة، وإذا بَطَلَتِ الشهادة بَطَلَتِ الزوجيةُ والنسبُ، وفيه وجه: أنه لا يثبت النسب أيضاً؛ لأنه لو ثَبَتَ، لثبت الإرث، ولا يمكن ثبوتهُ، والمذهب الأول، ولو شهدا بنسب، نُظِر؛ إن كان الأخُ مُعْسِراً يوم الإِعْتَاق، لم تَرِثْ أيضاً؛ إذْ لو ورثت لرقَّ نصيبها، ولبطَلَت الشهادة؛ لأن مَنْ بعضُه رقيقٌ، لا تقبل شهادته، وإن كان موسراً، فإن عجَّلنا السراية بنفس الإعتاق، وَرِثَتْ، لكمالِ العتْق يوم الشهادة، وإنْ قُلْنا؛ إنَّها لا تحصُل إلاَّ بأداء القيمة، لم ترث؛ لأنَّ توريثها يمنع كمال العتْق يوم الشهادة، وحكم الزوجية في الإِرْث حكْمُ البنت، فيُنْظَر إلى إعتاقِ إعسارِ الأخ ويسارِهِ، كما بيَّنَّا.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **(الرَّابِعَةُ) لَوْ أَوْصَى لَهُ بِأَبِيْهِ فَمَاتَ وَخَلَّفَ أَخاً فَقَبِلَ الوَصِيَّةَ عَتِقَ الابْنُ وَلَمْ يَرِثْ لأَنَّهُ لَوْ وَرِثَ لَحَجَبَ الأَخَ وَبَطَلَ قَبُولُهُ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: صورة المسألة أن يكون ابن الرجل مملوكاً لغيره، فيوصِي له مالكُهُ بأبنه، ويموت الموصَى له بعْد موت الموصِي وقبل القبول، ووارثُه أَخُوه، فيقْبَل الوصية، وهذه المسألة مكرَّرةٌ قد ذكرها في آخر البابِ الأوَّل من «كتاب الوصايا» وشرحناها هناك، ويُعْرَفُ مما ذكرنا هناك الحاجة إلى إعلام قوله «عَتَقَ الابْنُ» بالواو.

وقوله: «ولم يرث؛ لأنه لو وَرِثَ، لَحَجَب الأَخَ، وَبَطَلَ قَبُوله» هذا التوجيه مبنيٌّ

على قولنا: إنَّ الحُرِّية تحصُل عند الموت، أما إذا قلْنا: إنَّها تحصُل عند القَبُول، فليس عدَمُ الإرْث للدَّوْر، بل لاستمرار الرِّقِّ بعد الموت.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الخَامِسَةُ) لَوِ اشْتَرَى المَرِيضُ أَبَاهُ عَتَقَ وَلَمْ يَرِثْ كَيْلاَ يَصِيرَ الْعِتْقُ وَصِيَّةً لِوَارِثٍ فَيَبْطُلَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لو اشترَى في مرض المَوْتَ مَنْ يُعْتَقُ عليه، ولم يرث؛ وابنه، عتق من الثلث، لأنه لو وَرِثَ، لكان العتْقُ والنسبُ إلَيْه بالشراء وصيةً للوارث، فيبطُل، وإذا امتنع العتْقُ، امتنع الإرْثُ، هذا هو الظاهرُ، وحكى الأستاذ أبو منْصُور وجهاً: أنه يرثُ، ووجهاً آخر أنه لا يصحُّ الشراء مِنْ أصله؛ لأنَّ عِتْقَه وصيةٌ، والوصية موقوفةٌ على الخروج من الثُّلُث أو إجازة الورثة والشراء لا يُوقَف، فيجوزُ أن يعلم بهذا قوله في الكتاب «عتق» بالواو؛ للوجه السابق، وقوله: «ولم يرث» يجوز أن يُعْلَم بالحاء والميم؛ لأن الرواية عن أبي حنيفة ومالك أنَّه يرث، ولو ملَك المريضُ مَنْ يعتق عليه بغَيْر عوض كهبةٍ وإرثٍ، فهل يَرِثُ منه؟ فيه وجهان؛ بناءً علَى أنه يعتق من الثلث أو من رأس المال، وقد ذكَرْنا ذلك في «الوصايَا» وإلى التوْرِيث، ذهَب ابن سُرَيْج، واختاره الشَّيْخ أبو حامد.

وقال أبو الحسن العباديُّ؛ والوجهان مبنيان على أنَّ في الشراء يُعْتبر خُرُوجُ القيمة من الثّلث أو خروج الثمن، ونختم الكلام في هذه الصّور بِفَصْلَيْن:

الفصل الأَوَّلُ: في صور أُخَرَ تنخَرط في هذا السِّلْك، ذكر الأستاذ أبو إسْحَاقَ الإِسفرايينيُّ في «مختصر» جمعه في المسائل الدَّوْرِيَّة، أنه لو شَهِد شاهدان على عِتْقِ عبد، وحكم الحاكم بشهادتهما، ثم جاءَ العبْدُ مع آخر، فشَهِدا على جُرْح الشاهدَيْن، لم يقبل، ولو أنه أعتق عبدَيْن في مرض موته، وهما ثلث ماله، فشَهِد المعْتَقَان على الميِّت بوصية أو بإعتاق ومات، وعليه دَيْن أو زكاة، لم يقبل، ولو شهدا عليه، أنه نَكَح امرأة علَى صَدَاقٍ كذا حُكِي عن بعض الأصحاب؛ أنه لا تُقْبَلُ شهادتُهما، قال: ويحتمل أن تُقْبَل في النكاح، ولا تقبل في المَهْر، وأنه لو أعتق عبدَيْن له، فشهِدَا على أنه كان محجوراً عليه بالسَّفَهِ، لم تقبل شهادتهما، وأنه لو ادَّعَى أنه ابن فلان، وقد مات ووارِثُه في الظاهر أخوه، فأنكر ونكَل، فحَلف المدَّعِي، ثبت النسب، ولا يثبت الإرْثُ، وهذا جوابٌ على أن اليمين المردودة عند نكول المدَّعَى عليه كالإقرار، أَمَّا إذا قُلْنا: إنَّها كالبينة، فيثبت الإرْث أيضاً، وأنَّه لو ورث عبدَيْن يعتقان عليه، ثم مات وورثاه ثم أقَرَّ بدَيْن على الميت الأول يستغرق تركته، لم يثبت الدَّيْن بإقرارهما، وأنه لو أعتق أمةً في مرضِ موته، هي ثلثُ ماله فادعت أنه وطئها بشُبْهَةٍ أو أنه استأجرها، وعليه أجرتها، لم تُسْمَعْ دعواها، وأنَّه لو وَرِث من زوجته عبدَيْن، وأعتقهما، ثم شَهِدا بالفرقة قبل الموت

بردَّة أو طلاقٍ، لم تقبل شهادتهما، وأنه لو كان له في يَدِ عبْدِهِ مالٌ، فأخذه واشترى به عبدَيْن، وأعتقهما، فشهدا عليه بأنَّه كان أعتقه قبل ذلك، لم يُقبَل، وأنه لو مات ووارثُه في الظاهر أخوه، فأعتق عبداً من التركة، وولي العتيق القضاء، فجاءَ مجهولُ النسب، وادعى أنه ابنُ الميت، وأقام شاهدَين، لم يَقْبَلْ هذا الحاكمُ شهادَتَهما، ولم يحكم بقولهما، هكذا ذَكَره، وكان يجُوز أن يقال: يحكم بشهادتهما، ويَثْبُت النسب، ولا يثبت الإرث، كما لو أعتق الأخُ في هذه الصورة عبدَيْن، وشهدا ببنوَّة المدَّعِي، وحينئذٍ، فلا يؤثر نسبه في العتْق والقضاء، وأنه لو وَرِث عبداً من مورِّثه المقتول، وأعتقه، وولي العتيق القضاء، وجاء الوارثُ إليه وادَّعَى على قاتله القصاصَ، فقال: قتلته، وهو مُرْتَدٌّ، وأقام عليه شاهدَيْن، لم يحكم هذا الحاكم بشهادتهما، ومِنْ هَذَا القبيل، لو أعتق عبدَيْن، فجاء إنسان، وادَّعى أنه كان قد غَصِبَ العبدَيْن، وشهد لهما بذلك، لم تُقْبَل شهادتهما، وفي «التهذيب»: أنه لو ملَكَ رجُلٌ أخاه، ثم أقرَّ في مرض موته أنَّه كان قد أعتقه في الصحة، كان العتق نافذاً، وهل يَرِث إن صحَّحنا الإِقْرَارَ للوارث؛ فنعم، وإلاَّ، لم يرث؛ لأنَّ توريثَه يبطل الإِقرار بحرِّيته، وإذا بَطَلَتِ الْحُرِّيَّةُ، سقط الإِرث.

الفصل الثاني: قال صاحب الكتاب في مجموعة «غاية الغور في دراية الدَّوْر» المسائلُ الدَّائِرةَ لا بدَّ فيها من قطْع الدَّوْر، وفي قطْعِه ثلاثةُ مسالك؛ تارةً يُقْطَعُ الدَّوْر فيها مِنْ أوَّله، وتارةً مِنْ وسَطِهِ، وتارةً من آخره، وذلك بحَسَب قوَّة بعْض الأحكام وبُعْده عن الدفع، وضعف بعضها وقربه للدَّفْع.

مثالُ القَطْع من الأول: بيعُ العَبْد لزوجته الحرَّة قبل الدُّخُول بصَدَاقها الثابت في ذمَّة السيد، فإنَّا حَكَمنا بفساد البَيْع، وقَطَعنا الدَّوْر من أصله، ولم نَقُل: يصحُّ البيع، ولا ينفسخ النكاح، أو يَنْفَسِخ ولا يسقُطُ الصَّداق، وسببه أن البَيْعَ اختياريٌّ، وحصول الانفساخ بالمِلْك قهريٌّ، وكذا سقوطُ الصَّداق بالإنفساخ، وما يختاره الإِنسان من التصرُّفات يصحُّ تارةً، ويفْسُد أخْرَى وما يثبت قهراً يبْعُد دفْعُه بعْد حصُول سببه، فكان البيع أولَى بالدفع من غيره.

ومثال القطْع من الوسَط الصورةُ الثَّانية مِنَ الصُّور الخَمْس المذكورة في الكتاب، فإنا لم نقْطَعِ الدَّوْرَ من أوَّله، بأن نقول: لا يحْصُل العتق، ولا من آخره؛ بأن نقول: لا يرتد المهرُ حتى لا تَضِيقَ التركة، ولكنْ قطَعْناه، من وَسْطِه، فقلْنا: لا يثبت الخيارُ، وسببه أن سقوط المهر عند حصُول الفَسْخ قهريٌّ يَبْعد دفعُه، والخيار أولَى بالدفع من العِتْق؛ لأن العتق أقوَى؛ ألاَ تَرَى أنَّه لا يسقط بعد ثبوته، والخيارُ يسقطُ بعد ثبوته بالإِسْقَاطِ وبالتقصيرُ.

ومثال القطع من الآخر الصورة الأولَى من الصور الخَمْس، فإنّا لم نقطع الدَّوْر من الأول؛ بأن نقول: لا يحْصُل العتق، ولا من الوسَطِ؛ بأن نقول: لا يصحُّ النِّكَاحُ، ولكن قطَعْنا من الآخر، فقلنا: ليس لها المهرُ، وَيُمْكن أن يقال: سببه أن العِتْقَ له قوةُ السُّرعة والسراية؛ فلا يدفع، والنكاحُ أقوَى من المهر المسمَّى فيه، فإنَّ ثبوت النكاح يستغنى عن المهْر بدليل المفوّضة والمسمى مهراً لا يثبت من غير ثبوت النكاح، وأيضاً فخطر النكاح وقدره فوق خَطَر المال، فَكَانَ المال أولَى بالدفع، وعُدَّ من هَذَا القسم الثالثِ ما إذا قَالَ لزوجته: إنِ انفسَخَ النكاحُ بيْنِي وبينَكِ، فأنت طالقٌ قبله ثلاثاً، ثم اشتراها أو جرَى رِضَاع أو رِدَّةٌ، فلا يُقْطَع الدوْرُ من أوله؛ بأن نقول: لا ينفسخ النكاح، ولَكِنْ يقْطَعُه من آخره؛ بأن يقول: ينفسخ، ولا يقع الطلاق، وربَّما نعود في هذه الصور في «مسائل الطلاق» والدَّوْرُ فيها لفظيٌّ، واللَّهُ أَعْلَمُ.

فَرْعٌ: لا يجوز للعبْدِ التسرِّي، وإن جاز له النكاح؛ لأنه لا يملك، فإنْ ملَّكه السيِّد جاريةً، وقلنا بالجديد؛ وهو أنه لا يملك، فلا يحل له وطؤها، وإن أذن السيِّد، وإن استولدها، كان الولد ملكاً للسيد، فإن قلْنا بالقديم؛ وهو أنه يملك، فقد ذكرنا في البيعُ أنَّ الظاهر أنه يتسَّرى، إن أذن السيد، وأنه ليس له التسرِّي، إن لم يأذن، لكن، لا يحدُّ لو وطيء لشُبْهة الملك، وإذا استولَدَها، فالولد ملك له، لكن لا يُعْتَق عليه؛ لضَعْف ملكه، وتعلُّق حق السيد به، فإن عَتَق، عَتَق الولد أيضاً، وحكم المدَّبر والمعلَّق عتقه بصفة حَكْمُ القِنِّ في ذلك، ومن بعض حرٌّ وبعضه رقيقٌ، إذا اشْتَرى جاريةً بما اكتسبه ببعْضه الحرِّ، يملكها، لكن لا يطأها دون إذْنِ السيِّد؛ لأنَّ بعْضَه مملوكٌ، والوطء يقع بجميع بدَنه لا يختص بالبعض الحرِّ، ومال ابنُ الصَّبَّاغِ إلَى أنه لا حاجة إلَى إذْن السيد، كما أنه لا يحتاج في الأكل من كسبه والتصرف فيه إلَى إذن السيِّد، وإن أَذَنَ السيد له في الوطء، وفرعنا علَى أنه لا بدّ من إذْنه، فَعَلَى القديم؛ يجوز، وَعَلَى الجديد؛ لا يجوز؛ لأن ما فيه من الملك يمنع من التسرِّي، والمكاتَبُ لا يتسرَّى من غير إذن السيد وبإذْنه قولان؛ بناءً على الخلافِ في تبرُّعاته بإذن الْمَوْلى، واللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الفَصْلُ السَّادِسُ فِي النِّزَاعِ) وَدَعْوَى الرَّجُلِ الزَّوْجِيَّةَ صَحِيحَةٌ وَيَتَوَجَّهُ عَلَيْهَا الدَّعْوَى؛ لأَنَّ إِقْرَارَهَا مَقْبُولٌ وَدَعْوَاهَا المَهْرَ صَحِيحَةٌ، وَأَمَّا دَعْوَاهَا مُجَرَّدَ الزَّوْجِيَّةِ فَفِيهِ خِلاَفٌ، لأَنَّ الزَّوْجِيَّةَ حَقٌّ عَلَيْهَا وَإِنْ كَانَ مُتَعَلِّقَ حُقُوقٍ لَهَا، ثُمَّ إِنْ سَكَتَ الزَّوْجُ أَقَامَتِ البَيِّنَةَ، وَإِنْ أَنْكَرَ فَإِنْكَارُهُ طَلاَقٌ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ فَلاَ مَعْنَى لِلبَيِّنَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مقصودُ الفصْل الكلامُ في طَرَفٍ من دَعْوَى النكاح والتنازع فيه، والنكاح إما أن يدَّعِيَه الرجُلُ أو المرأة.

إن ادَّعَاهُ الرجُلُ، سُمِع دعواه لِمَالَهُ من الحقِّ الظاهرِ في النكاح، ويتوجَّه على المرأة، وإنْ كَانَ العاقدُ الوليَّ؛ لأن إقرارها بالنكاح مقبولٌ، وفيه خلافٌ، ذكرناه مع حكم الدعْوَى على الوليِّ في آخر الباب الأوَّلِ في «بيان أحكام الأولياء» في أول النِّكَاح، وينبغي أن يُعْلَم قوله هناك في الكتاب «ويتوجَّه عليها الدعوى»، وكذا قوله: «لأنَّ إقرارها مقبولٌ، وأما المرأة، فإن ادَّعَتِ الْمَهْرَ في النِّكاح أو ادَّعَتِ النِّكَاحَ، وطلبت حقاً من حقوقه سمعت دعْوَاها أيضاً، وإن ادَّعتْ مجرَّد الزوجية، فوجهان، قد أعادَهُما في «كتاب الدعاوى والبينات» إن سمعت هذه الدعْوَى فتقيم البينة، وإن أَنْكَرَ، فَهَلْ يَكُونُ إِنْكَارُهُ طَلاَقاً؟ فيه وجهان قد أعادهما هناك، إن جعلْناه طلاقاً، اندفع ما يدعيه، ولا مغنًى لإِقامة البينة، واعلم أن «كتاب الدعاوى» أحقُّ بالمسألة، وقد ذكرها صاحبُ الكتاب هناك، فيؤخَّر الشرْحُ إليه.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَإِذَا زَوَّجَ إِحْدَى أَبْنَتَيْهِ وَمَاتَ وَعَيَّنَ الزَّوْجُ إِحْدَاهُمَا وَقَالَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ أَنَا الْمُتَزَوِّجَةُ فَالمُعَيَّنَةُ مَنْكُوحَةٌ وَالثَّانِيَةُ تَدَّعِي لِنَفْسِهَا زَوْجِيَّةً مُجَرَّدَةً، وَإِنْ قَالَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ: صَاحِبَتِي مُزَوَّجَةٌ فَالَّتِي لَمْ يُعَيِّنْهَا الزَّوْجُ لاَ خُصُومَةَ مَعَهَا إِنَّمَا الدَّعْوَى عَلَى الأُخْرَى.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا زوج إحدى ابنتَيْه [بعينها] من رجُلٍ، ثم تنازعتِ الابنتان، فتنازُعُهما يُتصوَّر عَلى وجهَيْن:

أحدهما: أن تقول كلُّ واحدةٍ منهما: أنا المزوَّجة، فأيتهما صدَّقها الزوْجُ، ثبت نكاحُها؛ لتقارهما، والأخرى تدَّعي أنها امرأته، وهو منكرٌ وفيه، طريقان للأصحاب.

أحدهما: أن في تحليفه قولَيْن كالقولَيْن فيما إذا ادَّعَى اثنان نكاحَ امرأةٍ، وأقرت لأحدهما، هل تحلف للثاني ووجه الشبه أنَّ أحد النكاحَيْن يثبت بالإِقرار، وذلك يمنع من الإِقرار بالثاني، فلا يجري التحليفُ فيما لو أقر به، لم يُقْبَل.

وأصحُّهما: القطع بأنَّه يحلف؛ لأن النكاح ينْدَفِعُ بإنكار الزَّوْج، والمقصودُ المهْرُ، فلا بُدَّ من التحليف بخلافِ ما إِذَا ادَّعَى اثنانِ نكاحَ أمرأةٍ، وأقرت لأحدهما، فإنَّ الثاني لا يدعي عليها مَهْراً، وإنَّما يقْصِد النكاح، وينبغي أن يُفَصَّل، فيُنْظَرَ إلى صيغة دعْواها، إن ادَّعت الزوجية وطلبت المهْرَ، فالوجه التحليفُ، وإنِ ادَّعَتْ مجرَّد الزوجيَّة فيجيء في سماع الدعوى الخلافُ المذكُور في الفصل السابق، إن سمعت، فالصورةُ قريبةٌ من صورة الاستشهاد، وإذا قُلْنَا: إنه يحْلِف، فيُنْظر؛ إن حلف، سقَطَت الدعوى الثانية، وإن نكل، فحَلَفتْ، ففي تنزيل اليمين المردودةِ عنْد النكول منزلةَ البينة، أو الإِقرارِ قولان مشْهُوران، إنْ قلنا: إنَّها كالبينة، فوجهان:

أحدهما: أنَّه يثبتُ نكاحُ الثانية دُون الأُولَى، كما لو أقامتْ بينةً، فإنَّ البينة أقوَى من الإقرار؛ قَالَ ألإِمَامُ - رحمه الله -: هذا القائل يقول ينتفي نكاح الأولَى، ويحكم بانقطاع نكاح الثانية؛ لإنكار الزوج.

وأصحُّهما: استمرار نكاح الأُولَى؛ لأن اليمين المردودةَ إنَّما تجعل كالبينة في حقِّ المدَّعِي والمدعَى عليه لا في حقِّ غيرهما، وقد ثبت نكاح الأولَى بتقارُهما، فلا يتأثر بالتنازع بين الزوج والثانية ويمينها وإن قلنا: إنَّها كالإقرار، فوجهان:

أحدهما: أنه يحكم ببطلان النكاحَيْن؛ لأن الإقرار للأُولَى أبْطل نِكَاح الثانية، فكذا ما ينزل منزلة الإقرار للثانية، يبطل نكاح الأولَى.

وأصحُّهما: استمرار نكاحِ الأولَى كما لو أقرَّ للأولَى ثم أقرَّ للثانية، وعلى هَذَا، فهَلْ تستحق الثانية عليه شيْئاً؟ فيه قولان شَبَّههما الشيخ أبو عليٍّ بالقولَيْن فيما إذا قَالَ: هذا الثَّوبُ لفلانٍ، لا بل لفلانٍ، هل يغرم للثاني، والأصحُّ: أنها تستحقُّ من المهْر ما يليقُ بتصْدِيقها، وهو نصفُ المهْر، لارتفاع النِّكَاح بإنكار الزَّوْج قبل أن يفرض مسيس، وأبدى الإِمامُ - رحمه الله - احتمالاً آخر، وهو ألاَّ يجعل إنكار الزَّوْج ارتفاعَ فراقٍ ويقال لها: طلبٌ لمهر.

والوجه الثاني: من التصوير: أن تقول كلُّ واحدةٍ: لسْتُ بالمزوَّجة، وصاحِبَتِي هي المزوَّجة، فيقال للزوج: عَيِّن زوْجَتَكَ منهما، فَإِذَا عيَّن، فقد أَقَرَّ بأن الأخرَى ليْسَت زوْجةً له، فلا خصومةَ له مَعها، والقولُ قول الأُخرَى، مع يمينها، وإن لم تحْلِفْ، حلف الزوج، وثبت النكاح، وفيه وجهٌ ضعيفٌ أن القول قولُ الزوْج مع يمينه؛ لأن إحداهُما منكوحةٌ بالاتفاق، وهو أعرفُ بمحَلِّ حِقِّهِ، وٱعلم أن المسألة من فُرُوع ابن الحدَّاد، وأنه قيدها بما إذا مات ألأَبُ بعْد التزوِيج، وكذلك فعل صاحب الكتاب، قال الشيخ أبو عليٍّ - رحمه الله -: وهذا القيد لا فائدة فيه في الوجْه الأول من وجْهَي التصوير؛ لأنه لو كان حياً، وعيَّن إحداهما، لم يقبل قولُه على الزوْج، ولكنه مفيدٌ في الصورة الثانية؛ لأنه إذا كان الأَبُ حيّاً، والحالُ بعدُ حال الإِجبار، فيراجع، فإذ أقرَّ بالنكاح على إحداهما، يقبل، ولا يضر الزوْجَ إنكارُها.

قال الإمام: ويظْهَر في القياس ألاَّ يقبل إقرارها، ومعها مَنْ يتمكن من إجبارها؛ حَذَراً من اختلاف الإقرارَيْن، فإنْ قبلنا إقرارها، وٱختلف إقرارها وإقرارُ الوليِّ، فيجوز أن يقال: الحكْمُ للسابق، ويجوز أن يقال؛ ببُطْلاَنهما جميعاً، ورَوَيْنا وجْهَيْن في أوَّل النكاح عن القَفَّال الشَّاشِيِّ والأودَنِيِّ أنَّ المقبول إقرارُها أو إقرارُه، فحصلتْ أربعةُ احتمالاتٍ، ولو زوَّج ابنته من أحد ابني رجلٍ، وادعت هي على أحدهما أنه هو الذي زوَّجها منه، فإن جردت دعوى النكاح، فعلَى ما سبق، وإن ادَّعت المهْرَ، حلَّفته، فإن

نَكَل، حلفت، وأخذَتْ نصْف المهر، وإن ادَّعَى كُلُّ واحدٍ منهما أنَّها امرأته، فأقرَّتْ لأحدهما، ثبت نكاحه، وهلْ للثاني تحْلِيفها؟ فيه قولان، على ما ذكرناه في المرأة، إذا زوَّجها وليَّاها من شخصَيْن.

وقوله في الكتاب «والثانية تدَّعي لِنَفْسِها زوجيَّةً مجرَّدةً» عرفت مما أجريناه في خلال الكلام أن دعواها الزوجيَّة المجرَّدة غيْرُ لازمةٍ في هذه الحالة، بل قد تدَّعِي زوجيَّةً مجرَّدةً، وقد تدَّعي المهْرَ في النكاح أو حقّاً من حقوق النكاح.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَلَوْ شَهِدَ شُهُودٌ عَلَى النِّكَاحَ وَآخَرُونَ عَلَى ٱلإِصَابَةِ وَآخَرُونَ عَلَى الطَّلاَقَ وَالزَّوْجُ مُنْكِرٌ لِلنِّكَاحِ ثُمَّ رَجَعُوا وَقُلْنَا: يَجِبُ الغُرْمُ بِالرُّجُوعِ فَإِنَّمَا يَجِبُ عَلَى شُهُودِ النِّكَاحِ وَشُهُودِ ٱلإِصَابَةِ فِي النِّكَاحِ لاَ عَلَى شُهُودِ الطَّلاَقِ فَإِنَّهُمْ وَافَقُوا الزَّوْجَ فِي إِنْكَارِهِ لَكِنَّ الأَصَحَّ أَنَّ شُهُودِ النِّكَاحِ وَإِنْ رَجَعُوا لاَ يُغَرَّمُونَ؛ لأَنَّهُمْ أَثْبَتُوا حَقّاً فِي مُقَابَلَةِ مَا خَسِرُوا بِخِلاَفِ شُهُودِ المَالِ، نَعَمْ لَوْ كَانَ مَا خَسِرُوهُ أَكْثَرَ مِنْ مَهْرِ المِثْلِ كَانَ غُرْمُ الزِّيَادَةِ خَارِجاً عَلَى قَوْلِي الغُرْمِ بِالحَيْلُولَةِ فِي شُهُودِ المَالِ إِذَا رَجَعُوا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هذه المسألةُ من فروع ابن الحدَّاد أيضاً، ولْيُعْرَف في مقدِّمتها أصلان:

الأصل الأول[1]: أنه لو شهد شهودٌ علَى رجلٍ بنكاحِ امرأةٍ على صداقٍ معلومٍ، وهو منكرٌ، فحكم بشهادتهم، ثم رجعوا، هل يُغَرَّمون له فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنَّهم أثبتوا له حقَّ النكاح، وأدخَلُوا البُضع في ملكه في مقابلة ما أَلْزَمُوه من المَهْر، فصار كما لو شَهِدُوا علَيْه بأنه اشترَى هذا العبْد بكذا، ثم رجَعُوا لا يُغرَّمون.

والثَّانِي: أنهم يغرَّمون؛ لأنها إذا ادَّعتِ النكاح، وهو منكرٌ، فلولا شهادتهم ما أخذْنا منه شيئاً، وإذَا شَهِدُوا، نأخذ منه نصْف المهر، وكأنهم فوتوه عليه، ولا يحْصُل له، وهو منكرٌ في مقابلة ما فات شيءٌ بخلافِ صورة الشراء، فإنه، وإن كان منكراً، يُحْكَم بدخُول المبيع في ملْكه، ويؤخذُ منه الثمن، هكذا نقل الوجهَيْن الشَّيخُ أبو عليٍّ وغيره قَالَ الشيخ: ويجوز أن يكونا مبنيَّيْن على أن الشُهودَ في المال، إذ رجَعوا هل يُغرَّمون؟ لأن فَائِدَةَ شَهَادَتِهِمْ ههنا ترجع إلى المال أيضاً؛ إذ لا يبقَى النِّكاح مع إنكاره، ولو ساعدتْهم المرأةُ على الرُّجوع، لأمرناها بردِّ المال، فكانت الشهادةُ في الصورتَيْن واقعةً على ما يُمْكِن تداركُه، ويحْسُن أَنْ يرتِّب فيقال: إن لم يغرَّم شهودُ المال، فههنا

(١) في أ: أحدهما.

أولَى ألا يغرم الشهود، وإنْ غُرِّم شهود المال، ففي هؤلاء وجهان؛ لأنهم أثبتوا لَهُ حَقّاً في مقابلة ما فَوَّتوا، وسنتكلَّم من بعدُ في أيِّ الوجهَيْن أرجح؟ فإذا غرَّمْنَاهم، فإنما يغرَّمون ما فوَّتوا على الزَّوْج، وهو نصْفُ المسمَّى، فإنْ قلنا: لا يغرَّمون، فالترتيبُ المذكور، وكذلك في قدْر مهْر المثل، فَإنْ زَادَ المسمَّى علَى مهْر المثْل، فحكم الزيادة في الغُرْم، كما في شُهُود المالِ بلا فَرْق.

والثاني: شهودُ الطَّلاق، إذا رجَعُوا يغرَّمون جميع مهْر المِثْلِ أو نصفه أو غير ذلك، وفيه اختلافُ موضعِ بيانه باب الرجُوعِ في الشَّهادات.

إذا تقرَّر ذلك، فصورة المسألة إذا ادَّعت المرأةُ [أنها] في نكح رجلٍ بصداقٍ معلوم، وشهد لها شاهدانَ، ثم ادَّعَتِ الإصابة لتكميل المهر، فشَهِدَ على الإصابة، أو على الإقرار بالإصابة آخران، ثم ادَّعَتْ أنه طلَّقها، وشَهِدَ لها بذلك آخران، وحكَمْنا بموجب الشهادات، وأخذنا منه المَهْر، ثم رجع الشهود جميعاً، قال ابن الحدَّاد: لا غُرْم على شهود النِّكَاح، ولا على شهود الإصابة، وعلى شاهَدِي الطلاق نصْف مهر مثلها، واختلف سائر الأصحاب فيما ذكره، والقائلون بأنَّ شُهُودَ النكاح إذا رجَعوا، لا يغرَّمون ساعَدُوه علَى جوابه في شهود النكاح، وكذا في شهود الإصابة؛ لأنهم شَهِدوا أنه استمتع بملكه، ولم يفوتوا عليه شيئاً، والمهر يجب العقْد لا بالإصابة، واختلفوا في شهُودِ الطَّلاق، فمنهم من ساعده في تغريمهم، وقال: إنهم فوَّتوا عليه النكاح الَّذي ثَبَتَ بشهادةِ الأوَّلَيْنِ، والقولُ أنهم يغرَّمون نصْف المَهْر جوابٌ على أحد القولَيْن في شهود الطَّلاَقِ قَبْل الدخول، إذَا رجعوا، فيه قول آخر: أنَّهم يغرَّمون جميعه.

ومنهم من قال: لا يغرَّم شهود الطلاق أيضاً؛ لأن الزوج منكر أصْلَ النكاح، فشهادتهم لا تفوِّت عليه حقاً يزْعمه، لأنه إنْ كان هناك نكاحٌ، فقد ارتفع بإنكاره قبل أنْ يشهدوا؛ ولأنهم وافقوا الزَّوْج في إنكاره من حيْثُ إن قوله وقولهم يرجع إلى أنه لا نكاحَ بينهما في الحال، وأما الذين قالُوا بوجوبِ الغرم علَى شهود النكاح، إذا رجَعُوا، فإنَّهم غلَّطُوه في تقويم شهُود الطَّلاقِ مِنْ حيث إن الزَوْجَ ينكر أصل النكاح، فكيْفَ يطالبهم بضمان التفْويت؟ بل النكاحُ لا يثبت مع إنكاره، فلا ينبغي أنْ تُسمعَ بينةُ الطلاقِ، ثم قالوا: إن كانتْ شهادةُ شهودِ النكاح وشهودِ الإصابةِ مؤرخة، فشهد هؤلاءِ أنه نكَحَها في المُحَرَّم، وهؤلاءِ أنه أَصَابَهَا في صفر، فيغرَّم الصنفان ما غُرِّم الزوْج بالسَوِيَّة؛ لأنَّ فواتَ النصْفِ الثاني على الزَّوْج سبَبُه شهادةُ شهود الإصابة، وإن أطلق شهودُ الإصابة شهادَتَهم، فنصفُ الغُرْم على شهود النكاح، ولا شيْءَ على شُهُود الإصابة؛ لجواز وقُوعِها في غيْر النكاح، وكونها زناً، ولو شهد شهودُ الإصابة علَى أنه أصابَها في النِّكاح، فقد أَلْحَقَ ذَلِك بما إِذَا أُرِّخَتِ الشَّهادتان، وفي «النِّهَايَةِ»؛ أنهم إن

شَهِدوا على النِّكاح، ثم على الإصابة بعْده، اْشترك الصنفان في غُرْم نصف المهر، والنصف الآخر يختصُ بغرمه شهود الإصابة، والصورتان متقاربَتَان، ولا يبعد التسويةُ بينهما في الحُكْم، وحاصلُ الخلاف في المسألة ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه لا غُرْمَ على واحدٍ من الشهود.

والثاني: وهو جوابُ ابن الحدَّاد: أنه لا غُرْم إلاَّ عَلى شهود الطَّلاَقِ.

الثالث: أنه يُغرَّم شهودُ النكاح، ولا يغرَّم شهود الطلاق، وفِي شُهُودِ الإِصَابَةِ التفصيلُ المذكور، أما لفْظ الكتاب فقوله وقلنا: «يجب الغرمُ بالرُّجوع» يمكن أن يقال: أراد به الخلافَ في أن شُهُود النكاح، هل يغرَّمون، إذا رَجعوا أو يكون المعنى أنَّا إذا غرَّمناهم، لو انفردتْ شهادتهم، ففِي هذه الصُّورة يكون الغُرْم عليهم، وعلَى شهود الإِصابة جميعاً، ويمكن أن يُقَالَ: أرادَ به مبْنَى هذا الخلاف، وهو القولان في أنَّ شهود المال، إذا رجَعُوا هل يغرَّمون؟ وقوله: «فإنَّما يجب» معلم بالواو، وكذا قوله: «لا على شهود الطلاق»، وقوله: «لكن الأصحّ أن شهود النكاح، وإن رجعوا لا يغرَّمون» الغرض منه بيان الأظهر من الخلاف إن حملنا قوله: «وقلنا: يجب الغرم بالرجوع» على الخلاف في شهود النكاح، إذا رجعوا، وإنْ حملناه على الخلاف في شهود المال، فالغرضُ بيانُ الخلاف في شهود النكاح، إذا رجعوا مع بيان الأصحِّ، وقوله «نعم، لو كان ما خَسِروه» إلى آخره معناه: إنْ بقي الغرْمُ في قدْر مهر المثل، صَحَّ، لمَا ذَكرْنا من المعْنَى الفارق بينه، وبين المالِ المغرَّم في شهادة شُهُود المال، وأما الزيادةُ علَى مَهْر المِثْل، فسبيل غرمها سبيلُ غُرْم سائر الأموال، فلا نقولُ فيها: إن ففي الغرم أصحّ، وقد يُشْعِر سياق الكتاب بتخصيص الغُرْم بشهود الإِصابة؛ لأنه قَالَ: «فَإِنَّا يجبُ علَى شهود النكاح، وشهود الإصابة»، ثم قال: «لكنَّ الأصحَّ أن شهود النكاح، وإن رجعوا لا يغرَّمون»، فيفهم منه أنه لو ثبت غُرْم، لثبت عليهما، لكن لا يُثْبت علَى شهود النكاح للمعنى المذكور، فيبقى علَى شهود الإصابة، ولكنْ لم نروجها صائراً إلى تخصيص الغرم بشهود الإصابة، بل مَنْ لا يوجِب الغُرْم على شهود النكاح، لم يوجِبْه علَى شهود الإصابة[1] [أيضاً، فلا ينبغي أن يُحْمَلَ عليه، وإذا لم يُحْمَلُ عليه، كان المعْنَى أنَّه لو كان غرْمٌ، لكان على هذَيْن الصِّنْفَيْن، لكن الأصحُّ أنَّه لا غُرْمَ علَى شهود النكاح، ويلْتَحق بهم شهودُ الإِصَابة][2] وعلى هذا، فيكونُ ما ذَكَره ترجيحاً للوجْه الذاهب إلى أنَّه لا غُرْمَ علَى واحدٍ من الشهود، وكلام أكثر من أورد المسألة ميالٌ إلَى وجوب الغُرْم علَى شهود النكاح، وعلَى شهود الإِصابة أيضاً بالتفصيل المذكور فيه.

---

(١) سقط في ز.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَإِذَا ادَّعَتِ امْرَأَةٌ مُحَرْمِيَّةً أَوْ رَضَاعاً بَعْدَ أَنْ زُوِّجَتْ بِرِضَاهَا لَمْ تُقْبَلْ دَعْوَاهَا إلاَّ إِذَا ذَكَرَتْ عُذْراً لِنِسْيَانِهَا، وَإِنْ كَانَتْ مُجْبَرَةً قُبِلَتْ دَعْوَاهَا، فَقِيلَ القَوْلُ قَوْلُهَا مَعَ يَمِينِهَا، وَالأَصَحُّ أَنَّ القَوْلَ قَوْلُهُ، وَلَوْ زَوَّجَ أَمَتَهُ قَالَ: كُنْتُ مَجْنُوناً أَوْ مَحْجُوراً عِنْدَ العَقْدِ فَإِنْ لَمْ يُعْهَدْ ذَلِكَ لَهُ فَالقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ، وَإِنِ ادَّعَى الصِّبَا أَوْ عُهِدَ لَهُ الجُنُونُ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ فِي وَجْهٍ، وَقَوْلُ الزَّوْجِ فِي الوَجْهِ الثَّانِي لأَنَّهُ اعْتَرَفَ الوَلِيُّ بِالعَقْدِ فَيُحْمَلُ عَلَى الصِّحَّةِ، وَلَوْ أَحْرَمَ الوَلِيُّ بَعْدَ التَّوْكِيلِ بِالنِّكَاحِ ثُمَّ ادَّعَى أَنَّ الوَكِيلَ زَوَّجَ بَعْدَ الإِحْرَامِ فَالنَّصُّ أَنَّ القَوْلَ قَوْلُ الزَّوْجِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه مسألَتَانِ:

إحداهما: إذا زُوِّجتِ المرأةُ، ثم ادَّعتْ أن بينَها وبيْن الزَّوجْ محرميَّةً بأنْ قالت: هو أخِي من الرَّضاعة، أو قالت: كنت زوجة أبيه أو ابنه أو وطأنِي أحدُهما بالشُّبهة، فيُنْظَر؛ إن وقع التزويج برضاها أو دون رِضَاهَا.

الحالة الأُولَى: إذا زُوِّجت برضاها؛ إما لأنَّها ثيِّبٌ أو لأنَّ المزوِّج أخٌ أو عمٌّ أو زوَّجُ المجبَر بإذِن المجبرة، وإن لم يحتج إليه، فلا تُقْبل دعواها، والنكاحُ ماضٍ على الصحَّة؛ لأن إذْنَهَا السابقَ يتضمَّن الإقرار بأنها حلالٌ له، فلا يُقْبَل بعد ذلك ما يناقضُه، نعم، لو ذكَرت عُذراً من غَلَطٍ ونسيانٍ، فيجيء في سماع الدَّعوى الخلافُ المذكورُ فيما إذا قَالَ: وهبت أوِ قبضت، ثم زعم أنَّه لم يقبض، وأنه أقر اعتماداً علَى كتابِ وكيلِهِ، ثم تبيَّن خلافه قَالَ الإِمَامُ: والسَّماع ههنا أولَى؛ لأن الغلط والنسيان في مثله مما يغلب في العُرْف، وهذا ما أورده في الكتاب.

[الحالة] الثانية: إذا زُوِّجت بغير رِضَاها بكونها مجبرة، فوجهان:

أحدهما: وهو جوابُ ابنِ الحدَّاد: أنه يُقْبَل قولُها في ذلك مع يَمِينها، ويُحْكَم باندفاع النكاح من أصله؛ لأن ما تَدَّعيه محتملٌ، ولم يسبقْ منها ما يناقِضُه، وهذا كما أنَّها إذا قالَتْ في الابتداء: فلانٌ أخي من الرَّضاع، لا يجوز تزويجُها منه.

والثاني: عن الشيخ أبي زَيْدٍ: أنه لا يُقْبَل قولُها استدامةً للنكاح الصحيح الجارِي على الصحَّة ظاهراً؛ ولأنَّا لو فتَحْنا هذا الباب، لاتخذه صواحبُ القُصُود الفاسدة ذريعةً إلى الخروج عن قَيْد الأزواج، وهذا أصحُّ الوجهَيْن عند صاحب الكتاب، ويقال: إنه اختيار ابن سُرَيْج وفي «النهاية»: أنَّ معظم الأصحابِ علَى موافقة ابن الحدَّاد، وذكر الشيخ أبو عليٍّ أنه الأصحُّ، وحكي عن نصِّ الشَّافِعِيِّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أنه لو باع الحاكمُ عبداً أو عَقَاراً على مالكه الغائبِ بسبب اقتضاه، ثم جَاءَ المالكُ وقال: كنت أعتقت العبد أو وقَفْتُ العقار أو بِعْته، يصدق بيمينه، وينتقض البيع، ويردُّ الثمن على

المشتري، بخلاف ما لو باعه بنفسه أو بوكيلِهِ، ثُمّ ادَّعَى ذلك، فإنه لا يقبل؛ لأنه سبَق منْه ما يناقضه، وقضيةُ حكايته: أنه لا خلاف في صورة بيع الحاكم، لكنَّ الإمَامَ طرد الخلافَ، وحكَى فيها قولَيْن[1]، ولو زوَّج ابنته أو أمته، ثَمَّ ادَّعَى على السيدِ والأب محرميةً بينها وبين الزوج، لم يُلْتَفَت إلى قوله؛ لأن النكاح حقُّ الزوجَيْنَ، وإن كان الوليُّ هو الذي يعْقِد، ولذلك قلنا: يثبت النكاح بتقارُهما، وإن أنكر الوليُّ، قَالَ الشّيخُ أبو عليٍّ: ولو قال بعْدَ تزويج أمته، كنتُ أعتقتُها، حكم عليه بالعتق، ولا يُقْبَل قوله في النكاح، وكذا لو أجَّر العَبْدُ، ثم قال: كنت أعتقته، ويُغرَّم للعبد أجرة مثله؛ لأنه أقَرَّ بإتلاف منافِعَه، عليه متعدياً، كمن باع عبداً، ثمَّ قال: كنت غصبته، لا يُقْبَل قوله في البيع، ويُغرَّم للمقرِّ له، واعلم أن الخلافَ في الحالة الثانيَة في أنَّها، هلْ تصدَّق بيمينها، ولا خلاف في أنه يسمع دعْوَاها، ولو أقامَتْ بيِّنة، حكم بها، والكلام في الحالة الأولَى في ردِّ الدعوَى من أصلها، وأن الرضا والإذْن بالتزويج إنما يؤثر إذا أذِنَت بتزويجها من شخْصٍ بعينه، أما إذَا أذِنَتْ في النكاح مطلقاً، وفرَّعنا على أنه لا حاجة إلَى تعيين الزوج، فزوجها الوليُّ من رجل، ثم ادَّعت محرميةً، فالحكم كما إذا زوّجت مجبرةً؛ لأن الإذن في التزويج المطْلَقِ لا يكون إقراراً بأنَّها حلالٌ لذلك المعيَّن، ولو زوج الأخُ البكرَ، وهي ساكتةٌ اكتفاءً بصُمَاتِهَا على أحد الوجهين، ثم ادَّعَتْ محرميَّة قال الإمام: الذي ارتضاه العراقيُّون؛ أنَّ دعْوَاها مسموعةٌ، قال: ولكنْ لا تصدَّقُ باليمين.

المسألة الثانية: إذا زوّج أمته من إنسان، ثم قَالَ: كنْتُ مجنوناً، أو محجوراً يوْمَ زوَّجتها، وأنكر الزوْج، وقال: تزوَّجْتُها تزويجاً صَحِيحاً، فإن لم يعهد للسيد ما يَدَّعيه ولا بَيِّنَة، فالقول قول الزوج مع يمينه، لأن الظاهر جريانُ النكاحِ على الصِّحَّة، وكذا لو قال: زوَّجْتُها وأنا مُحرِم، أو قال: لم تكنِ مِلْكِي يومئذٍ، ثم ملَكتها، وكذا الحكْمُ، لو بَاعَ عبداً، ثم قال: بِعْد البيع: بعتُه، وأنا محجورٌ عليّ أو لم يكن مِلْكِي، ثم ملكته، وعن نصِّه في «الإملاء» أنه لو زوَّج أخته، ومات الزوج فَادَّعَى ورثته أن أخاها زوَّجَها بغَيْر إذْنها، وقالت: بل زوَّجني بإذني، فالقول قَولُهَا ولك أن تقول: قد سبق ذكْرُ وجهَيْن فيما إذا ادَّعَى أَحَدُ المتعاقدَيْن صحَّةَ العقد، والآخرُ فسادَهُ في كتاب البيع، فليجيء في هذه الصورة ذلك[2] الخلافُ، ولو ادَّعَتِ المنكوحةُ، وهي ممن يُعْتَبَرُ إذْنُها

(١) قال في المهمات: التعليل بالمناقضة يوهم عدم سماع الدعوى والبينة وليس كذلك كما سيأتي في آخر الدعاوى.

(٢) وقال الشيخ البلقيني: قوله «أو بوكيله» محمول على توكيل ببيع معين ثم يدعي الموكل بعد بيع الوكيل ولزومه أنه كان أعتقه قبل التوكيل فأما لو كانت الوكالة مطلقة أو في معين وادعى عتقاً بعد التوكيل ولم ينسب إلى التقصير في ترك إعلام الوكيل فالقول قول الموكل بيمينه.

أنَّها زُوِّجت من غير إذْن، ففي فتاوى صاحب «التَّهْذِيب» أنه لا يُقْبَل قولُها بعد ما دخلت عليه، وأقامَتْ معه، كأنه جعل الدخُولَ والإِقامة قائماً مقام الرضا[1] في المسألة الأولَى من مسألتَي الفصل، وإن عُهِدَ بالسيد المزوِّج حجرٌ أو جنونٌ أو قال زوّجْتُها وأنا صبيٌّ، فعن الشيخ أبي زيد تخريجُ قولَيْن:

أحدهما: أن القولَ قوله مع يمينه؛ لأن الأصلَ عدمُ النكاح ودوامُ الحالةِ التي كانَتْ.

وأصحُّهما: عند الشيخ أبي عليٍّ وغيره: أن القول قولُ الزوج؛ لأنَّهما اتفقا على جريانِ العَقْد، والغالب في العقود إنْشَاؤُها على الصحَّة؛ ولأنه حكم بصحَّة النكاح ظاهراً، والأصلُ دوامه، ورأى الإِمام بناءَ الخلافِ علَى أن النكاح المعتَرَفَ به مطلقاً يُحْمَلُ على الصحيح، أم يتناولُ الصحيح والفاسدَ، ولو زوج أخته برضاها، ثم ادَّعتْ هِيَ أنها كانتْ صغيرةً يومئذٍ، ففي فتاوى القفَّال، والقاضي حسين أن القول قولُها، وبهذا أجاب صاحب «التَّهْذِيبِ» في فتاويه، وإن أقرت يومئذٍ بأنَّها بالغةٌ، كما إذا أقرَّ بمالٍ، ثم قَالَ: كنتُ صغيراً يوْمَ الإِقرار، وهذا يمكن أن يكون جواباً على الوجْه الأول، ويمكن أن يفرَقَ بأن العقْدَ المنْشَأ بين المسلمين الغالِبُ فيه الصحةِ، وهذه لم يصدر منها العقد [نفسُهُ.

ولو وكّل الوليُّ بالتزويج، ثم أحرم، ثم جرى العقد][2] وادعى الوليُّ وقوعه في حال إِحرامه، وأنكر الزوج، فالرواية عن نَصِّ الشَّافِعِيِّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أن القولَ قولُ الزوْج بناءً على [أن الظاهر فيما جَرَى الصحة، ولم يخْلِ الشيخُ أبو عليٍّ تردُّداً في هذه الصُّورة. قال الإمامُ ـ رحمه الله وسببه][3] أن الإحرام لا حقٌّ، والأصل استناد العقد إلى الحلِّ المتقدِّم، لكن الشيخ ألْحَقَ بمسألة الإِحْرام المنقولة عن النص ما إذا أوْكَلَ رجلا بقَبُول النكاح، ثم أحرم، وقَبِلَ الوكيل، ثم اختلف الزوجانِ، فقال الزوج: قَبِلَ قَبْلَ أن أحرمت أو بعْد ما خرجْتُ من الإِحرام، وَقَالَتْ: بَلْ في حالِ ألإِحرام، قال فالقول قول الزوج، فلم يَفْرِقْ بين أن يدَّعِي سبق النكاح على الإِحرام، أو سَبْقَ الإِحرام على النّكَاح، واعْلَمْ أنَّ قضيَّة ما سبَق في المسألة الأولَى أن الوليَّ، إذَا زَوَّجَ، ثُمَّ ادَّعَى المحرميَّةَ بين الزوجَيْن، لا يلتفت إلَى دعواه، إذ لا يفرض [النزاع][4] في مسألة النصِّ

---

(١) قال النووي: لم يذكره الأصحاب في هذه الصورة، ولا يصح مجيئه لأن الظاهر الغالب في الأنكحة الاحتياط لها، وعقدها بشروطها وبحضرة الشهود وغيرهم، بخلاف البيع فإن وقوعه فاسداً كثير.

(٢) سقط في ز. (٣) سقط في ز.

(٤) في ز: الصراع.

بين الولي والزوج، بل يفرض بين الزوجين، ولو زوج أمته، ثم ادَّعَى أنَّ الزوْجَ كَانَ واجداً لطوْلِ، الحرة وأنكر الزوْجُ، فالقول قوله، ولو زوَّج ابنته، ومات وادَّعَتِ المرأة أن أباها كَانَ مَجْنوناً يوم العقد، فيُنْظَر، أجرى التزويجُ برضَاها أم بغَيْر رضاها، ويكون الحكمُ علَى ما ذكرنا في المسألة الأولَى.

وقوله في الكتاب: «وإذا ادَّعَتِ المرأةُ محرميَّةً أو رضاعاً»، كان الأحسن أن يقول: محرميةً برضَاعٍ أو غيره أو يقول «رضاعاً أو محرميَّةً بجهة أخرَى فإن الرضاع جهةٌ من جهات المحرميَّة لا شيء خارجٌ منها. وقوله: «إلاَّ إذا ذكرت عذراً كنسيانها» مُعْلَمٌ بالواو والله أعلم فهذه فروعٌ وصُوَرٌ يقْطَع على ذكرها الكلام في «كتاب النكاح».

ادَّعَى رجلٌ نكاح امرأة وأقام عليه بينةً، وادَّعتِ المرأة أنَّها زوجةُ غيره، وأقامت عليه بينة، قَالَ ابنُ الْحَدَّادِ: يعمل ببينة الرجُلِ؛ لأن حقَّه في النكاح آكد وأقْوَى؛ ألا تَرَى أن التصرُّف في النكاح إليه، إنْ شاء أمسكها، وإن شاء فارقها، وإذا كان جانبه أقوَى، كان العمل ببينته أولَى؛ كصاحب اليد مع غيره، وعلى هذا جرى أكثر الأصْحاب، ووراءه كلامان:

أحدهما: قال الشيخ أبو عليّ: يُحْتمَلَ أن يقال: يُنْظَر في جواب من ادَّعت أنها زوجته، إن أنكر، فلا نكاح مع إنكاره فتعمل ببينة الرجل، كما ذكر ابن الحَدَّاد، وإنْ سكت، فهما بينتان تعارَضَتَا؛ لأنَّ كل واحدةٍ منهما معمولٌ بها، لو سَلِمَتْ عن معارضة الأخرى فصار كسائر صور التعارض.

والثَّاني: أنَّهم لم يتعرَّضوا في تصوير المسألة لدعواها المَهْر أو حقّاً من حقوق النكاح، وقد ذكرنا في دعْوَى الزوجية المجرَّدة خلافاً أنها هل تسمع؟ إنْ سمعت وأنكر الزوج، ففي إقامة البينة خلافٌ أيضاً، وإن ادَّعتِ الزوجيةُ المجَّردةُ، أيضاً وأنكر الزوجُ، فإنما تفرض إقامة البينة من جانِبها تفريعاً علَى سماع هذه الدعْوَى، وعلَى سماع البينة مع الإنْكار، إذا قال الخاطبُ لوليِّ الزوجة: زوجتُ نفْسِي من بنْتِكَ فقبل قال في «التَّتِمَّةِ»: يبنى انعقاد النكاح على أن كلَّ واحدٍ من الزوجَيْن معقودٌ عليه أم لا؟ قيل: نعم؛ لأنَّ بقَاءَ كلِّ واحدٍ منهما شرطٌ لبقاء العقْدِ، فنزلا منزلة العوضَيْن في البيع، وقيل: الزوجُ ليس معقوداً عليه؛ لأن العِوَضَ من جانبه المهْرُ لا نفْسُه، ولهذا لو كانَ تحْته ثلاثُ نسوةٍ، جاز له نكاحُ رابعةٍ، ولو كان منكوحاً، لما جاز، كما أن المنكوحةَ لا تنكح زوجاً آخَرَ، فإنْ قلْنَا: إنه ليس الرجُلُ منكوحاً، لم ينعقد النكاح، وإن قلنا: إنه منكوحٌ، فعن أبي عاصم العبَّاديّ وأبي سَهْل، الأبيوردي: أنه ينعقد النكاح، كما لو أضاف إلى المرأة، وعن القاضي الحُسَيْنِ مَنْعُهُ؛ لأن إضافة التزويج إلى المرأة غيْرُ معْهُود فصار كما لو استْعَمَلَ في النكاح لفظاً لا يُعْهَد فيه، وفيما جُمِعَ من «فتاوى

القفَّالِ» وغيره: أنه إذا تزوَّج أمةً على ألا يملك الاستمتاع ببُضْعها، لا يصحُّ النكاح، إذا قلنا: إنه لو تزوَّجها على ألا يطأها، لم يصح النكاح، ولو تزوَّجها على ألا يملك بُضْعَها، فإن أراد ملك الاستمتاع، فكذلك الجواب، وَإِنْ أَرَادَ مِلْك العَيْن، لم يضرَّ، وأنَّه لو خطب البِكْر خاطبٌ فمنعها أبوها، فذهبَتْ هي، وزوَّجت نفسها منه، وأَقَامَتْ عِنْدَه، ثم زوَّجها الأب من غيره، فإن لم يُصِبْهَا ذلك الخاطبُ، صحَّ النكاح، وإن أصابها، لم يصحَّ النكاح؛ لأنها لم تأذَنْ، وقد بانت بالشبهة، وذكر تفريعاً على أن العضو المبان المتصل في حكْم النَّظر أنَّ من حَلَق عانَتَه، ينبغي أن يُخْفِيَ الشعر حتَّى لا ينظر إلَيْه أحدٌ، وفي فتاوى القاضي الحُسَيْنِ: لو زوج ابنته البِكْرَ علَىٰ صداق، وهو مهر مثلها مِنْ مُعْسِر بغَيْر رضاها، فالمذهبُ أنه لا يصحُّ النكاح؛ لأنه بَخْسٌ لحقِّها، كما لو زوَّجها من غير كفء، وأنه لو زوج أمته من قادِرٍ علَى طَوْلِ حُرَّةٍ، وحصل له منها أولاد، فهم أرقاءِ؛ لأن شبهة النكاح تجْرِي مجْرى النكاح الصحِيح، ولو جَرَى نكاحٌ صحيحٌ، كانوا أرقاء، وأنه لو اختلف السيد والعبد في الإِذْن في النِّكاح، فَقَالَ السَّيِّدُ: ما أذِنْت، فالوجه أن تدَّعِيَ المرأة على السيِّد أنَّ كسْبَ هذا العبْد مستحَقٌّ لي بمهْرِي ونفقتي؛ ليسمع القاضي البينة[1]، وأنه إذا زوَّج أمته من عبده، فنفقة الأمة على السيد كنفقة العَبْد، فلو أعتقها السيِّد وأولادها، سقَطَتْ نفقتهم عنه، وتعلقت نفقتها بكَسْب العبد، ونفقةُ الأولاد عليها، إن كانتْ موسِرةً، وإن لم تكن موسرة ففي بيت المال، وإن أعتق العبد دونها، سقطت نفقتُها عنه، ونفقة الأمة على العتيق كَحُرٍّ تزوَّج بأمة الغير، فإنه إذا علمت البكْرُ أن خاطِبَها ليس بكفء واستؤْذِنَت في التزويج منه، فسكتت يصحُّ النكاح، ويكون سكُوتُها كنُطْقها، وَأَنَّ وَكِيلَ المصلِّي يزوج بخلاف وكيل المَحْرَم؛ لأن عبارة المحرم غير صحيحةٍ في النكاح، وعبارة المصلِّي صحيحةٌ، حَتَّى لو زوَّجها في خلال الصَّلاَةِ نَاسياً يصحُّ النكاح، ولا تبطل الصَّلاة، وأنه إِذَا استُؤْذِنت المرأة في التزوِيج من رجُلٍ، فأذِنَت، ولم يُعْلَم فسقه، وكان فاسقاً، يصح النكاح؛ لوجود الإِشَارَةِ إلى عينه، قال الشَّيخ الفَرَّاءُ: لكن لها حَقُّ الْفَسْخُ، كما لو أذِنت في التزويج من رجُل، ثم وجدَتْ به عيباً، وفي «فتاوى الفَرَّاء»: أنه لو أبين داهن شَعْرَ الأَمَةِ، أو قَلَّمَ ظُفُرَهَا، ثم عَتَقَتْ، ينبغي أن يجوز النَّظَرُ إِلَيْه، وإن قلْنا: إن العضو الْمُبَانُ في النظر كالمتصل؛

(١) قال في المهمات: يفهم من هذا التصوير أنه لا يسمع دعوى الزوجة بدون مال والصحيح كما سيأتي في الدعاوى خلافه.

قال في التوسط: هذا كلام عجيب. نعم قول القاضي ليسمع القاضي البينة قد يفهم أنه لا يسمع دعواها على السيد للتحليف وهو أحد وجهين في أن الدعوى التي ليست بعين الحق ولكنها تنفع فيه هل يحلف لها. وفيه اضطراب والأصح التحليف.

لأنه انفصل عنها حين لم يكن عورةً، والعتقُ لا يتعدَّى إِلَى المنفصل؛ ولذلك لو أضاف العتقَ أو الطلاق إلى الْمُبَانِ لا تعتق ولا تطلُق، وأنه لو أراد أن ينكح ابنةَ عمِّه، وهو وليُّها وغائبٌ عنها، يزوِّجها منه قاضي بلدة المرأة لا قاضي بلدة الرجُل، وأنَّ التي يعتبر إذنُها في تزويجها، إذا قالَتْ لوليها، وهي في نكاح أو عدةٍ: أذِنتُ لك في تزويجي، إذا فارقني زوجي أو انقَضَتْ عدَّتي، وجب أن يصحَّ الإِذن، كما لو قال الوليُّ للوكيل: زَوِّج ابنتي، إذا فارَقَها زوجُها أو انقضَتْ عدَّتها، [يصح النكاح] وفي صحة التوكيل وجْهٌ آخر مذكورٌ في «الوكالة» وأنه لو قيل للبكر: رَضِيتِ بما تفعَلُه أمُّكِ، وهي تعرف أنَّهم يعْنُونَ النكاح، فقالتْ: رَضِيتُ، لا يكون هذا إذْناً؛ لأن الأم لا تعقد بخلافِ ما إِذَا قالَتْ: رَضِيتُ بما يفعله الْوَلِيُّ ولو قَالَتْ: رَضِيتُ بالتَّزويج ممن تختارُهُ أمي، يجوز، ولو قالت: رَضِيتُ إنْ رَضِيَتْ أمِّي، لا يجوز؛ لأنه تعليقٌ لا إذْنٌ جازمٌ، ولو قالت: رضِيتُ إن رَضِيَ وَلِيِّ، فإن أرادت التعليق، فكذلك الجَوَابُ، وإن أرادتْ أنِّي رضيتُ بما يفعلُه، ولم تقصد التعليقَ، كان إذناً، وأنَّ الوليَّ، إذا وُكِّلَ بالتزويج، ثم حضَر عقَد الوكيل شاهداً مع رجُل آخَرَ، لم يصحَّ النكاح؛ لأن الوكيل نائبٌ عنه، والعاقدُ في الحقيقة هو، والعاقدُ لا يكون شاهداً، وهذا قد سبَق في رُكْن الشهود.

ولو كَانَ لَهَا إخوةٌ، فزوَّجها أحدهم، وحضر الآخَران شاهدين، ففي صحة النكاح جَوَابانِ، وجهُ المنْع: أن الشرع جعَلَ المباشر نائباً عن الباقِين في أداءِ ما توجَّه عليهم، وأنّه إذا أقرَّت المرأةُ بالنكاح لغَيْر كفء، فلا اعتراض للوليِّ؛ لأنه ليس بإنشاءِ عقْدٍ، فلا يقبل قوله: ما رَضِيَتْ بالعقد، كما لو أَقَرَّتْ بِالنِّكَاحِ، وأنكر الوليُّ، لا يقبلِ إنكاره، وأَنَّهُ إِذَا زوجت المرأة بالوكالة، ثم أَنْكَرَ الوليُّ التوكيل، والمرأة ساكتةٌ، فالقول قولُ الوليِّ، وإِنْ أَقَرَّتْ بِالنِّكَاحِ، يقبل قولها، وأنَّه إذا قال الوليُّ للخاطب «دخترم إنكاح كن بحنديد مهر»[1] فقال الْخَاطِبُ: «نكاح كردم»[2] انعقد النكاح، وإن لم يقل الولي «بنو ذادم»[3] كما لو قال: تَزَوَّجْ بنتي، فقال: تزوْجتُها، وَأَنَّهُ إِذَا لم يكن لها وليٌّ سوى الحاكم، فأمر قبل أن يستأذنها رجُلاً بتَزْوِيجِها، فَزَوَّجَهَا ذَلِكَ الرجُلُ بإِذنها هل يصح؟ ينبني علَى أن إنابة القاضي في شُغُل معيَّن؛ كتحْلِيفٍ، وسماعِ شهادةٍ جاريةٍ مجْرَى الاستخلاف أم لا؟ إن قلنا: إِنَّهَا تجري مجراه، حتَّى يجيء فيها الخلافُ في الاستخلاف، فيجوز قبل الاستئذان، وينعقدُ النكاح، وَإِلاَّ، فلا يَصِحُّ النِّكَاحُ على الأصحِّ، كما لو وكَّل الوليُّ قبل الاستئذان، وزوَّج الوكيلُ بالإِذن، لا يصحُّ على الأصحِّ، وأنه إِذَا زوَّج القاضي امرأةً، غابَ وَلِيُّهَا، ثم قدم الوليُّ بعد العقْد بحيث يَعْلَم،

---

(١) جملة فارسية ومعناها: «زَوِّج ابْنَتِي عَلَى قَدْرٍ مِنَ المَهْرِ».

(٢) جملة فارسية معناها: «تَزَوَّجْتُهَا». (٣) جملة فارسية معناها: «زَوَّجْتُكَ إيَّاهَا».

أنه كان قريباً من البَلَد عند العقد، لم ينعقِد النكاح، وأنها إذا أَذِنَتْ في التزويج بألف، ثم قيل لها عند العقد: نعْقِد بخَمْسِمائة، فسكتَتْ، وهي بِكْرٌ، كان سكوتها إذناً لي العقْدِ بخَمْسَمائة، ولو قيل ذلك لأمِّها، وهي حاضرةٌ تسمع، فسكتَتْ، لم يكن ذلك إذناً، وإنما يكون سكوتُها إذناً، إذَا كان الخطاب معها، وأنه يجوز أن يُوَكِّلَ المسلمُ نصْرانياً في قَبُولِ نِكَاحِ نَصْرَانِيَّةٍ، ولا يجوزُ في قبول نكاح المسْلمة، وكذلك توكيلُه المجوسيَّ، وَيَجُوزُ توكيلُ النصرانيِّ المسْلِمَ في قبول نكاح النصرانيَّة، ولا يَجُوزُ في قبول نكاحِ المجوسيَّة؛ لأن المسلم لا يجُوز له نكاحُها، وليس هذا كتوكيل المعسِرِ الموسِرَ في قَبُول نكاح الأَمَةَ، حيث يجوز؛ لأنه من أهل نكاح الأمة في الجملة وليس المسلم أَهْلاً لنكاح المجوسيَّة بحالٍ، فَإِنَّهُ إذَا كانتْ تحته مسلمةٌ وذمِّيةٌ، ولم يدخلْ بواحدةٍ منهما، فَقَالَ للمسلمة: ارتددت، وللذمية أسلمتِ، وأنكرتا، ارتفع نكاحُهما بزَعْم الزوج، وأنه إذَا نَكَحَ أَمَّ وَلَدِ الغَيْر، فولدُه منها للسَّيِّد، وحكمه حكم الأمِّ، فإنْ كَانَ يظُنُّ أن أمَّ الولدِ تكون حرةً، فالولدُ حرٌّ، وعليه قيمته للسيد، وأنه إذَا قال الوليُّ للوكيل: لا تزوِّجها إلاَّ بشَرْطِ أن يرهن بالصداق عيناً، أو يتكفل به فلان، يصحّ، وَعَلَى الْوَكِيلِ الاشتراطُ، فإنْ أهمله، لم يصحَّ النكاح، وَلَوْ قَالَ زوجها بكذا وخذيه كفيلاً، فزوَّجها بلا شرط، يصح النِّكَاحُ؛ لأنه أمره بأمْرَين، وقد امتثل أَحَدَهما، ولوَ قَالَ: لا تزوِّجها، إذْ لَمْ يَتَكَفَّل فلانٌ، وجب ألا يصح التوكيل؛ لأن الكفالة تتأخَّر عن النكاح، وقد منع من العقْد قبلها وَأنَّه إذَا قَالَ للوكيل: زَوِّجْهَا بأَلْفٍ وجاريةٍ، ولم يصف الجاريةَ، فزوَّجها الوكيل بألْفٍ، ولم يذكر الجاريَة، لم يَصِحَّ النِّكَاحُ، كما لو قال: زوِّجها بألف، فزوَّجها بأقلَّ من ألف، ولو قَالَ: زوِّجها بخمر أو خنزيرٍ، أو ذَكَرَ مجهولاً، فزوَّجها بألْفِ درهم، فَإِنْ كان ذلك نَقْدَ البلد، وكان قدْرَ مهر المثْل أو أكْثَرَ، صح النكاح والمسمَّى، وَإِلاَّ، فَلاَ، وأنه لو أعتق جاريةً وأعتقتْ هي جاريةً، وللمعتقة ابن، فولاء الثانية لمعْتِقِ الأولَى، لأنه وليُّ الوليِّ، وأَنَّهُ إذَا تَزَوَّجَ امرأةً على أنها بكرٌ، فلم تكن، يصحُّ النكاح على أَصَحِّ القولَيْن، وله الخيار، ولو قالت: كُنْتُ بِكْراً، فزالتِ البكارةُ عندك، وقال: بل كُنْتِ ثَيِّباً، فالقولُ قولُهَا مع يمينها لدَفْع الفَسْخ ولو قَالَتْ: كنت بكراً فَاَفْتَضَضْتَنِي، وأَنْكَرَ فالقَوْلُ قولُهَا مع يمينها لدَفْع الفسْخ والقولُ قولُه مع يمينه لدَفْع كمالِ المَهْر واللَّهُ أَعْلَمُ [بالصَّوَابِ.

تَمَّ، وَالْحَمْدُ لِلَّهِ وَحْدَهُ، وصلواتُهُ علَى سيِّدِنَا محمَّدَ وآلِهِ وصَحْبِه وسلَّم تسليماً كثيراً وَحَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ.

يَتْلُوهُ «كِتَابُ الصَّدَاقِ» إنْ شَاءَ اللَّهُ].

---

(١) سقط في ز.
(٢) سقط في ز.

كِتَابُ الصَّدَاقِ[1]، وَفِيهِ خَمْسَةُ أَبْوَابٍ

الْبَابُ الأَوَّلُ فِي الصَّدَاقِ الصَّحِيحِ

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَحُكْمِهِ فِي الضَّمَانِ وَالتَّسْلِيمِ وَالتَّقْرِيرِ (الأَوَّلُ: حُكْمُ الضَّمَانِ) وَهُوَ مَضْمُونٌ فِي يَدِ الزَّوْجِ ضَمَانَ العَقْدِ عَلَى أَصَحِّ القَوْلَيْنِ، وَحُكْمُهُ فِي الاسْتِبْدَالِ حُكْمُ الثَّمَنِ، وَفِي التَّلَفِ وَالتَّعَيُّبِ وَفَوَاتِ المَنَافِعِ وتَفْوِيتِهَا حُكْمُ المَبِيعِ قَبْلَ القَبْضِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قال الله تعالى: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤] وقال تعالى: ﴿فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] وعن أنس ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ـ صلَّى الله عليه وسلَّم ـ رَأَى عَبْدَ الرحمن بن عوف، وعليه رَدْعُ زَعْفَرَانٍ، فقال: «مَهْيَم» قال: تَزَوَّجْتُ

---

(١) الصَّدَاقُ: بفتح الصاد وكسرها ما وجب بنكاح أو وطء أو تفويت بُضع قهراً كرضاع ورجوع وشهود سمي بذلك لإشعاره بصدق رغبة باذله في النكاح الذي هو الأصل في إيجاب المهر ويقال له أيضاً: مهر ونحلة وفريضة وأجر وعقر قال سيدنا عمر ـ رضي الله تعالى عنه ـ: لها عُقر نسائها وعليقة قال عليه الصلاة والسلام: «أَدُّوا الْعَلاَئِقَ قَالُوا: وَمَا الْعَلاَئِقَ يَا رَسُولَ اللَّهِ قَالَ: مَا تَرَاضَى بِهِ الأَهْلُونَ» وحباء ونكاح قال تَعَالَى: ﴿وَلْيَسْتَعْفِفِ الَّذِينَ لاَ يَجِدُونَ نِكَاحاً﴾ وقيل: الصداق ما وجب بتسمية في العقد والمهر ما وجب بغير ذلك والأصل فيه قبل الاجماع آيات كقوله تعالى: ﴿وآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحلةً﴾ أي عطية من الله مبتدأة: لأن المرأة تستمتع بالزوج كاستمتاعه بها أو أكثر فكأنها تأخذ الصداق من غير مقابل وقيل بنحلة تديناً من قولهم: فلان ينتحل بكذا أي يتدين.

وأخبار كقوله ـ ﷺ ـ لمريد التزويج: «الْتَمِسْ وَلَو خَاتَماً مِنْ حَدِيدٍ» رواه الشيخان.

واصطلاحاً:

عرفه الحنفية بأنه: هو المال الواجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة منافع البضع إما بالتسمية أو بالعقد.

عرفه الشافعية بأنه: ما وجب بنكاح أو وطء أو تفويت بضع قهراً.

عرفه المالكية بأنه: ما يعطي للزوجة في مقابلة الاستمتاع بها.

عرفه الحنابلة بأنه: العوض في النكاح سواء سمي في العقد أو فرض برة بتراضيهما أو الحاكم ونحوه كوطء شبهة.

ينظر: شرح المحلي: ٣/ ٢٧٥، حاشية الدسوقي: ٢/ ٢٩٣، كشاف القناع: ٥/ ١٢٨.

حاشية ابن عابدين ٢/ ٣٢٩ وتحرير التنبيه ٢٨٤.

. . . .

= والحكمة في مشروعيته حصول الرغبة والألفة والمحبة بين الزوجين، ووجب عليه: لأنه أقوى منها وأكثر كسباً قال تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أنفقوا مِنْ أَمْوَالِهِم﴾ ولأنه رب الأسرة. وإليه نسب، وهل هو عوض. أو تكرمة، وفضيلة للزوج؛ قولان: حكاهما المرعشي.

الأول: نظر إلى الظاهر من كونه في مقابل منفعة البضع.

والثاني: نظر إلى الباطن من كونها تستمتع به، كما يستمتع بها.

هذا، وقد كانوا في الجاهلية يأخذون الصداق، ولا يعطون النساء منه شيئاً، فجاءت الشريعة الإسلامية، فقضت بسوقه إليها بقوله تعالى: ﴿وآتوا النساء صدقاتهن نحلة﴾ والمخاطب بإيتاء المهور إلى النساء الأزواج عند الأكثرين، وهو الظاهر وقيل الأولياء لما تقدم.

ومقدار الصداق لم يحفل الشارع ببيانه، بل جعله منوطاً بحال الزوجين، وقدرة الزوج، لأن المعنى فيه تنبيه الزوج من أول الأمر إلى ما يجب عليه من الإنفاق، وتنبيه الزوجة إلى ما يجب لها من الحق على الرجل، لتؤدي له حقه الذي فرضه الله عليها من الطاعة، وقصد نفسها عليه، وهذا التنبيه يحصل بالقليل والكثير، هذا وقد اختلف الأئمة في الحد الأدنى للمهر، فذهب أبو حنيفة، ومالك - رضي الله عنهما - إلى ضرورة تحديد فحده أبو حنيفة بعشرة دراهم، والدرهم يساوي بالعملة المصرية الآن أربعة قروش صاغاً تقريباً، فيكون أقل الصداق عنده أربعين قرشاً صاغاً، وحده مالك بثلاثة دراهم.

وقال الشافعي، وأحمد: لا حد لأقله، بل يكفي أن يبذل الزوج أي شيء له قيمة، ولو ملء كفه براً أو أرزاً.

استدل الحنفية بحديث لا مهر أقل من عشرة دراهم رواه ابن أبي حاتم.

واستدل الإمام مالك بالقياس فقال: أقل نصاب يوجب قطع يد السارق ثلاثة دراهم فضة، أو ربع دينار من ذهب، فقاس الصداق عليه، لكن أصحابه لم يرتضوا هذا القياس، لأنه يخالف نص الحديث، وهو ما تأباه قواعد المذهب، والقياس بهذه الحالة لا يقول به مالك، حتى قال له بعضهم: إنك سلكت في ذلك سبيل أهل العراق، وَاسْتَدَلَّ الشَّافِعِيَّةُ بِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِلرَّجُلِ الَّذي قَالَ لَهُ زَوِّجْنِي الْمَرْأَةَ الَّتِي، وَهَبَتْ نَفْسَهَا الْتَمِسْ وَلَوْ خَاتَماً مِنْ حَدِيدٍ» ليكون صداقاً، والخاتم الحديد لا يساوي ما قاله الحنفية، والمالكية أجاب الحنفية بأن هذا الحديث صحيح لكن يحمل على مقدم الصداق الذي ينبغي دفعه فوراً، وأما الحد الأدنى للصداق مقدماً ومؤخراً، فهو عشرة دراهم، كما في حديث ابن أبي حاتم.

وحديث ابن أبي حاتم رواه البيهقي بسند ضعيف، فلم يأخذوا به الشافعية، لكن إن تم ما ذكره ابن حجر من أن ابن أبي حاتم رواه بسند حسن كان الدليل واضحاً.

واستدل الحنابلة بما رواه أحمد، وابن ماجة والترمذي، وصححه عن عامر بن ربيعة أن امرأة من فزارة تزوجت على نعلين - فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَرَضِيتِ مِنْ مَالِكِ وَنَفْسِكِ بِنَعْلَيْنِ» قالت: نعم «فَأَجَازَهُ» وقد يقال: إن النعلين قد يساويان ثلاثة دراهم على الأقل، كما هو رأي السادة المالكية هذا ومن احتياط الأئمة، وعدم تعصبهم لآرائهم الاجتهادية أو الحنابلة، والشافعية، والمالكية قالوا: يَسن أن لا ينقص المهر عن عشرة دراهم مراعاة للحنفية الذين قالوا ذلك احتياطاً.

امْرَأَةً من الأنصار قال: «مَاذَا أَصْدَقْتَهَا؟ قال: وَزْنَ نَوَاةٍ من ذَهَبٍ، ويروى: على نَوَاةٍ من ذهب قال: «أَوْلِمْ وَلَوْ بِشَاةٍ» «ردْع الزَّعْفَرَانِ» لَطْخُهُ. «ومَهْيَم» أي: ما شَأْنُكَ وأمرك، يقال: إنها كلمة يَمَانِيَّةٌ، «والنَّوَاةُ» اسْمٌ لخمسة دَرَاهِمَ، والصَّدَاقُ اسم للمال الوَاجِبِ لِلْمَرْأَةِ على الرَّجُلِ بِالنِّكَاحِ أو الوَطْءِ[1].

= وبعد: فهل قلة الصداق مشروعة، والمغالاة فيه غير جائزة ابتداء والجواب: أن الشافعية والحنابلة قالوا إن المغالاة في المهور غير جائزة ابتداءً، فيسن للناس أن لا يزيدوا في المهور على خمسمائة درهم: أو ثلاثة عشر جنيهاً ونصف جنيه تقريباً للاتباع.

وأما الحنفية والمالكية فقالوا: لا حد لأكثر الصداق، بل هو منه بأمرين قدرة الرجل المالية، وحالة المرأة، وما يليق بها، فلا يكره أن يمهرها بما يحب.

استدل الشافعية والحنابلة على رأيهم بما رواه أبو داود، والترمذي والنسائي وصححه من قول عمر - رضي الله عنه -: «لاَ تَغْلُوا فِي صَدَاقٍ» الخ فَإِنَّهمَا لَوْ كَانَتْ مُكْرَمَةً فِي الدُّنْيَا أَوْ تَقْوَى فِي الآخِرَةِ كَانَ أَوْلاَكُمْ بِهَا رَسُولُ اللَّهِ - ﷺ - وقد روى مسلم عن عائشة أن صداق النبي - ﷺ - على أزواجه خمسمائة درهم، وهو القدر المذكور أجاب الحنفية والمالكية بأن قول عمر لا ينبغي إلا الغلو في الصداق، والمبالغة فيه إلى الحد الذي يضايق الزوج، أو يعجزه، وقد اتفق أن الصداق في عهد رسول الله - ﷺ - كان المناسب فيه القدر الذي ذكره مسلم عن عائشة، وليس فيه أي تحديد للصداق وإليك كلمة في أذان الأولياء في المغالاة في المهور - فالمغالاة في المهور ترتب عليها مضايقة الأكفاء، وانصرافهم عن الزواج وعجزهم عن دفع المهر، ويترتب على ذلك بوار النساء، وتعريض الشباب والشابات للخنا، والفساد أو نقص النسل، وانقراض الرجال العاملين في الأمة، وغير ذلك من للفاسد التي تؤذي المجتمع، وتقوص دعائم العمران، فإن ذلك حرام بالإجماع إذ من الواجب على المسلمين أن يقاوموا المفساد التي تترك آثاراً سيئة تؤذي الأفراد والجماعات، ولعل هذا هو السر في نهي سيدنا عمر - رضي الله عنه - أراد أن يحدد أكثر الصداق في عهده كي لا يتنافس الناس في المغالاة، فيضعوا بذلك العوائق التي تمنع عن الزواج، لكنه لم يستطع إلى ذلك سبيلاً، فَقَدِ احتجت عليه المرأة بقوله تعالى: ﴿وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَاراً فَلاَ تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً﴾ فإن ظاهر الآية أنه يجوز للرجل أن يعطي مهراً ما يشاء، ولو كان قنطاراً من الذهب، فامتنع عمر، وعدل عن رأيه: والآية ليست نصاً، فإن معناها لا يجوز للرجال أن يأخذوا من المهور التي فرضوها لأزواجهم شيئاً بعد الدخول بهن، مهما كانت كثيرة لكن إذا كانت كثرة المهر ترتب عليها ما نرى وما نسمع من مفاسد ورذائل كان تسهيل أمر الزواج الذي يقضي على فوضى الأخلاق واجباً دينياً فإن الدين الإسلامي مبني على جلب المصلحة، ودرء المفسدة، فيجب على أولياء النساء مراعاة المصلحة عَمَلاً بقوله ﷺ: «إِذَا أَتَاكُمْ مَنْ تَرْضَوْنَ دِينَهُ وَخُلُقَهُ فَزَوِّجُوهُ» الحديث، وفي الأثر: «مَنْ زَوَّجَ كَرِيمَتَهُ مِنْ فَاسِقٍ فَقَدْ قَطَعَ رَحِمَهَا».

ويجب على الرجال مراعاة الدين، وعدم التطلع لما اعتاده الناس من المبالغة في أمر الجهاز، والتفنن في الزخارف الكاذبة التي لا تلبث أن تذهب سُدًى، وبذلك يسعد الجميع.

(١) قال الشيخ البلقيني: الأحسن أن يقال هو اسم لما وجب بسبب عقد أو وطء أو تفويت بضع، فقولنا لما وجب يشمل المال وغيره من تعليم صنعة ونحوها، وقولنا بسبب عقد أو وطء واضح، وقولنا «أو تفويت بضع» يدخل فيه الرضاع والشهود الراجعون ووطء الأب زوجة ابنه وبالعكس =

وله أسماء منها الصَّدُقَةُ، والأَجْرُ، كما وَرَدَ بهما القُرْآنُ في الآيتين.

ومنها: المَهْرُ، كما روي في الخبر: «فَإِنْ مَسَّهَا فَلَهَا المَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا»(١).

ومنها: العَلِيقَةُ(٢) روي أن النبي ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم ـ قال: «أَدُّوا العَلاَئِقَ». قيل: وما العَلاَئِقُ؟ قَال: «ما تَرَاضَى به الأَهْلُونَ»(٣).

ومنها: العُقْرُ؛ روي عن عمر رضي الله عنه: «فَلَهَا عُقْرُ نِسَائِهَا»(٤) ويقال من لَفْظِ الصَّدَاقِ والصَّدُقَةِ: أَصْدَقْتُهَا، ومن المَهْرِ مَهرتُهَا، ولا يقال: أَمْهَرْتُهَا، ومنهم من جَوَّزَهُ.

قال الأئمة: وليس الصَّدَاقُ رُكْناً في النِّكَاحِ، كالمَبِيعِ والثَّمَنِ في البيع؛ لأن المقصود [الأَظْهَرُ](٥) من الاسْتِمْتَاعُ وَلَوَاحِقُهُ، وأنه يَقُومُ بالزوجين، فهما الرُّكْنُ، فيجوز إِخْلاَءُ النِّكَاحِ عن المَهْرِ(٦)، ولكن الأَحَبَّ تسميته مهراً كَيْلاَ يَشْتَبِهَ نِكَاحه الوَاهِبَةِ نَفْسَهَا للنبي ـ صلَّى الله عليه وسلَّم ـ وليكون أَدْفَعَ لِلْخُصُومَةِ والمُنَازَعَةِ، وليس للصَّدَاقِ حَدٌّ مُقَدَّرٌ، بل كُلُّ ما يجوز أن يُجْعَلَ عِوَضاً في البَيْعِ ثَمَناً أو مُثَمَّناً، أو أُجْرَةً من الإِجَارَةِ،

= بالشبهة فيهما ووطء الأب جارية ابنه وإقرار المرأة لزوج بعد إقرارها لزوج قبله وغير ذلك من المواضع المعروفة في أبوابها.

(١) تقدم في باب أركان النكاح.

(٢) وقد جمع بعضهم أسماءه فقال:

صداق ومهر نحلة وفريضة ... حباء وأجر ثم عقر علائق

وزاد بعضهم الطول في بيت فقال:

مهر صداق نحلة وفريضة ... طول حباء عقر أجر علائق

(٣) أخرجه الدارقطني والبيهقي من حديث ابن عباس بلفظ: أنكحوا الأيامى، وأدوا العلائق ـ الحديث ـ وزاد في آخره: ولو بقضيب من أراك، وإسناده ضعيف جداً، فإنه من رواية محمد بن عبد الرحمن البيلماني عن أبيه عنه، واختلف فيه فقيل عنه عن ابن عمر، أخرجه الدارقطني أيضاً والطبراني، ورواه أبو داود في المراسيل من طريق عبد الملك بن المغيرة الطائفي، عن عبد الرحمن بن البيلماني مرسلاً، حكى عبد الحق أن المرسل أصح، ورواه الدارقطني من حديث أبي سعيد الخدري وإسناده ضعيف أيضاً، وأخرجه البيهقي من حديث عمر بإسناد ضعيف أيضاً.

(٤) تقدم في باب الخيار. (٥) في ب: الأعظم.

(٦) قال الشيخ البلقيني في التدريب: يجوز إخلاء النكاح عن تسمية المهر إلا في أربع صور:

إحداها: إذا كانت الزوجة غير جائزة التصرف أو مملوكة لغير جائز التصرف.

الثانية: إذا كانت جائزة التصرف وأذنت لوليها أن يزوجها ولم تفوض.

الثالثة: الوكيل عن الولي في غير صورة التصرف لتفويض الصحيح لا يجوز له الإخلاء.

الرابعة: إذا كان الزوج غير جائز التصرف وحصل الاتفاق على مسمى هو نصف مهر مثلها مثلاً فيتعين تسميته ولا يجوز الإخلاء.

يجوز أن يكون صَدَاقاً[١]، فإن انتهى في القِلَّةِ إلى حَدّ لا يتموَّلُ فَسَدَتِ التَّسمِيَةُ.

وقال أبو حَنِيْفَةَ ومالك: أَقَلُّهُ نِصَابُ السَّرِقَةِ، والنِّصَابُ عند مَالِكٍ ثَلاَثَةُ دَرَاهِمَ، وعند أبي حنيفة عَشَرَةُ دراهم قال يعني أَبَا حَنِيفَةَ ـ: ولو سَمَّى لها أَقَلَّ من عشر وجبت العَشَرَةُ.

لنا: قوله في الخَبَرِ الذي تَقَدَّمَ: «ما تَرَاضَى بِهِ الأَهْلُونَ»، وروي أنه ـ صَلَّى الله عليه وسلَّم ـ قال: «مَنِ اسْتَحَلَّ بِدِرْهَمَيْنِ فَقَدِ اسْتَحَلَّ» أي: طَلَبَ الحِلَّ، ويُسْتَحَبُّ ألا ينقص عن عشرة، وألا يُغَالَى في الصَّدَاقِ، والأَوْلَى ألا يُزَادَ على صَدَاقِ زَوْجَاتِ النبي ـ صلّى الله عليه وسلّم ـ، وبَنَاتِهِ ـ رضي الله عنهن ـ وهو خَمْسُمَائَةِ دِرْهَم[٢]؛ روي عن أبي سَلَمَةَ، قال: سألت عَائِشَةَ رضي الله عنها: «ما كان صَدَاقُ رَسُولِ اللهِ صَلَّى الله عليه وسلم؟ قالت: كان صَدَاقُهُ لأزواجه اثْنَتَيْ عَشَرَةَ أُوقِيَّةً ونَشاً، أتدري ما النَّشُّ؟ قلت: لا. قالت: نِصْفُ أُوقِيَّةٍ»[٣]، والأوقِيَّةُ أَرْبَعُونَ درهماً والمجموع ما ذكرناه.

إذا تَمَهَّدَ ذلك، فإذا جَرَى النِّكَاحَ لم يَخْلُ إما أن يقع بين الزوجين نِزَاعٌ في الصَّدَاق الوَاجِبِ، أو لا يَقَعُ، وإذا وَقَعَ[٤]، فإما أن يُسَمَّى شيئاً في النِّكَاح، أو لم يُسَمِّ، فهو إما صَحِيحٌ، وإما فاسد، وإن لم يسم، فأما إن أُهْمِلَ فهو كَتَسْمِيَةِ شيء فَاسِدٍ، أو نفي، فهو صورة التَّفْوِيضِ، وعلى التَّقْدِيرَاتِ، فقد يَشْطُرُ الوَاجِبُ لِفِراقٍ يقتضيه، وقد لا يَتَشَطَّرُ، فجعل صاحب الكتاب كِتَابَ الصَّدَاقِ خَمْسَةَ أبواب تتكَفَّلُ ببيان هذه الأُمُورِ:

---

(١) قال في الخادم: هذا في المالكة لأمرها كما نقله منصف التميمي عن الشافعي، وأما الولي يزوج المحجورة، فليس له أن ينقص عن مهر مثلها، وقال ابن الرفعة: يستثنى من هذا الضابط جعل رقبة العبد صداقاً للمرأة الحرة، وجعل الأب أم ابنه صداقاً عن ابنه، وجعل أحد أبوي الصغيرة صداقاً لها، فإنه يجوز بيعه ولا يجوز إصداقه.
وأجيب بأن هذا يجوز إصداقه في الجملة، وإنما امتنع هنا لمعنى آخر، والفرض هنا بيان ما يصح إصداقه، وأما الدين فإن كان في ذمة غيره فلا يجوز إصداقه، والظاهر مجيء الخلاف السابق في بيعه لغير من عليه هنا حتى يصح إصداقه وإن كا ن في ذمتها له جاز وتبرأ ذمتها ويجب أن يكون موضع هذا فيما يصح الاعتياض عنه لا كدين السلم، ولو أصدقها ديناً في ذمته فهل من شرط صحته أن يكون مما يصح السلم فيه حتى لا يصح إصداقها في ذمته ما يعز وجوده فيه وجهان في الكفاية مأخذهما أن الصداق مضمون ضمان عقد أو يد.

(٢) هذا في غالب نساء رسول الله ﷺ فقد صح أن أم حبيبة أصدقها مائتي دينار، وروي أربعة الآف درهم وهي أربعمائة دينار، في مسند ابن أبي شيبة أن رسول الله ﷺ تزوج سودة بنت زمعة على بيت ورثه من بعض نسائه لكن لم يذكر قيمته، ويستفاد منه أن النبي ﷺ يرث.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه، واستدركه الحاكم فوهم، وفي الباب عن عمر عند مسلم أيضاً، وعن أم حبيبة عند النسائي.

(٤) سقط في أ.

أحدها: في حُكْمِ الصَّدَاقِ الصحيح.

والثاني: حُكْمِ الفَاسِدِ وَجِهَانِ الفَسَادِ.

والثالث: من [التفويض][(١)].

والرابع: في التَّشْطِيرِ.

والخامس: في التَّنَازُعِ. أما الباب الأول، فالكَلاَمُ فيه من ثلاثة أَحْكَامٍ.

أحدها: أن الصَّدَاقَ في يَدِ الزَّوْجِ كيف يضمن عليه، لا شَكَّ أنه إذا أَصْدَقَهَا عَيْناً، تكون تلك العَيْنُ مَضْمُونَةً على الزَّوْجِ إلى أن يسلمها، وكيف تكون مَضْمُونَةً عليه؟ فيه قولان:

أصحهما: أنها مَضْمُونَةٌ ضَمَانَ العَقْدِ، لأن الصَّدَاقَ مَمْلُوكٌ بِعَقْدِ مُعَاوَضَةٍ، فكان في يد الزَّوْجِ كالمَبِيعِ في يَدِ البَائِعِ، وهذا قوله الجَدِيدُ، واختيار المزني.

والثاني: وهو القديم أنها مَضْمُونَةٌ عليه ضَمَانَ اليَدِ، كالمُسْتَعَارِ والمستام[(٢)]؛ لأن النِّكَاحَ لا يَنْفَسِخُ بِتَلَفِ الصَّدَاقِ، وما لا يَنْفَسِخُ العَقْدُ بِتَلَفِهِ في يد العاقد يكون مَضْمُوناً ضَمَانَ اليد، كما لو غَصَبَ البَائِعُ المَبِيعَ من المُشْتَرِي بعد القَبْضِ يَضْمَنُهُ ضَمَانَ اليَدِ، وَيَتفَرَّعُ على القَوْلَيْنِ مَسَائِلُ مذكورة في الكتاب، وغير مَذْكُورَةٍ.

المسألة الأولى: إذ قُلْنَا إن الصَّدَاقَ مَضْمُونٌ ضَمَانَ العَقْدِ، لم[(٣)] يجز لها بَيْعَهُ قَبل القَبْضِ، كما سَبَقَ في البَيْعِ.

وإن قلنا: مَضْمُونٌ ضَمَانَ اليد فيجوز.

وبه قال أبو حَنِيْفَةَ ـ فيما حكاه صَاحِبُ «التتمة» ـ وأمَّا إذا كان الصَّدَاقُ دَيْناً، فيجوز الاعْتِيَاضُ عنه، إن قلنا: إنه مَضْمُونٌ ضَمَانَ اليَدِ.

وإن قلنا: إنه مضمُونٌ ضَمَانَ العَقْدِ، فهو كالاعْتِيَاضِ عن الثَّمَنِ. وفيه قولان:

أصحهما: الجَوَازُ، ولا نَجْعَلُ ذلك كالاعْتِيَاضِ عن المسلم فيه، ذكره الإِمَامُ وغيره وفي «التتمة» أنه لو أَصْدَقَهَا تَعْلِيمَ القُرْآنِ، أو تَعْلِيمَ صَنْعَةٍ، وأراد الاعْتِيَاضَ لم يَجُزْ ذلك على قَوْلِ ضَمَانِ العَقْدِ، كالمسلم فيه.

---

(١) في أ: التعويض.

(٢) هذا فيما يمكن تقويمه، أما ما لم يمكن تقويمه فهو مضمون ضمان عقد قطعاً والفرق بين ضماني العقد واليد في الصداق أنه على الأول يضمن بمهر المثل، وعلى الثاني بالبدل الشرعي وهو المثل إن كان مثلياً، والقيمة إن كان متقوماً.

(٣) ويتفرع على القولين الإقالة، فيصح على الأول دون الثاني وهي مسألة نفيسة ذكرها القاضي حسين.

الثانية: إذا تَلِفَ الصَّدَاقُ المُعَيَّنُ في يده، فإن قلنا: إنه مَضْمُونٌ ضَمَانَ العقد، فَيَنْفَسِخُ عَقْدُ الصداق، ويُقَدَّرُ عَوْدُ المِلْكِ إليه قُبَيْلَ التَّلَفِ، حتى لو كان عَبْداً، كان عليه مُؤْنَةُ تَجْهِيزِهِ، كالعبد المَبِيعِ يتلف في يَدِ البائع، ولها عليه مَهْرُ المِثْلِ؛ لأن النِّكَاحَ مُسْتَمِرٌّ، والبُضْعُ كالتَّالِفِ، فيرجع إلى بَدَلِهِ، كما لو رد المبيع بِعَيْبٍ، وقد تَلِفَ العِوَضُ في يد البَائِعِ، يلزمه بَدَلُهُ إما المِثْلُ، أو القِيمَةُ، وكما لو هَلَكَ الثَّمَنُ في يَدِ المُشْتَرِي بعدما قَبَضَ المَبِيعَ، وتلف عنده، فإنه يجب على المُشْتَرِي بَدَلُ المَبِيعِ من المِثْلِ، أو القيمة.

وإن قلنا: إنه مَضْمُونٌ ضَمَانَ اليَدِ، فالصَّدَاقُ الذي تَلِفَ تَلِفَ على مِلْك الزَّوْجَةِ، حتى لو كان عَبْداً، كان عليها تَجْهِيزُهُ، ولا يَنْفَسِخُ الصَّدَاقُ على هذا القَوْلِ، ولكن بدل ما وجب على الزوج تَسْلِيمُهُ يُقَوَّمُ مَقَامَهُ، فيجب لها عليه مِثْلُ الصَّدَاقِ إن كان مِثْلِيّاً، وقيمَتُهُ إن كان مُتَقَوِّماً، ويُرْوَى هَذَا عَنْ أبي حَنِيفَةَ، وأحمد ورَجَّحَ ابْنُ الصَّبَّاغِ، والشيخ أبو حَامِدٍ وُجُوبَ بَدَلِ الصَّدَاقِ، والأكثرون على تَرْجِيحِ القَوْلِ الأول، وهو وجوب مَهْرِ المِثْلِ، وإذا أَوْجَبْنَا القِيمَةَ فأية قيمة تجب؟ وجهان أو قولان:

أَصَحُّهما: أنه يجب أَقْصَى القيمة من يوم الإِصْدَاقِ، إلى يوم التَّلَفِ، لأن التَّسْلِيمَ كان مُسْتحقّاً عليه في جَمِيعِ المُدَّةِ، فيلزمه فيه البَدَلُ الأَقْصَى.

والثاني: تجب قِيمَتُهُ يَوْمَ التَّلَفِ، لأنه لم يكن مُتَعَدِّياً في الإِمْسَاكِ.

وفي «التتمة» وجه ثالث: أن الوَاجِبَ قِيمَتُهُ يوم الإِصْدَاقِ؛ لأنها التي تَنَاوَلَهَا العَقْدُ، فإن فرضت زِيَادَةٌ، وجب ألا يَضْمَنَهَا؛ لأنه غير مُتَعَدٍّ، وبعضهم يحكى أن الواجب أَقَلُّ الأمرين من قيمته من يوم الإِصْدَاقِ إلى يوم التَّلَفِ، فهذا وَجْهٌ رَابِعٌ، وإذا طالبت المَرْأَةُ بالتَّسْلِيمِ، فامْتَنَعَ فالوَجْهُ الأَوَّلُ يجيء لا مَحَالَةَ، ولا يجيء سَائِرُ الوُجُوهِ.

وفيه وجه آخر: أنه يَجِبُ أَقْصَى القِيَمِ من وقت المُطَالَبَةِ [إلى التلف لأنه][1] يصير مُتَعَدِّياً، ولو طالبها الرَّجُلُ بالقَبْضِ، فامْتَنَعَتْ، ففي بقاء الصَّدَاقِ مَضْمُوناً عليه وجهان، نَقَلَهُمَا أبو الفرج السَّرَخْسِيُّ الأصح: البَقَاءُ، كما أن البَائِعَ لا يخرج عن عُهْدَةِ المَبِيعِ بهذا القدر، هذا إذا تَلِفَ الصَّدَاقُ بنفسه.

أما إذا أتلف، نُظِرَ إن أتلفته الْمَرْأَةُ جعلت قَابِضَةً لِحَقِّهَا، ويبرىء الزَّوْجُ[2] وذكرنا

---

(١) سقط في ب.

(٢) قال في الخادم: هذا إذا كانت الزوجة أهلاً للقبض، فلو كانت صغيرة فالقياس ألا تكون قابضة، وكذا لو كانت سفيهة؛ لأن قبضها غير معتد به، وإن كان قبض السفيه بإذن الولي معتداً به في الأصح؛ لأن ذاك في قبض لا ضرر فيه بخلاف الإتلاف فإنه ضرر، وقد ورد في البيع استثناء صور من أن إتلاف المشتري قبض فجيء هنا فاستحضرها.

في البَيْعِ وَجْهاً: أن المشتري إذا أَتْلَفَ المَبِيعَ في يد البَائِعِ، لا يجعل قَابِضاً لِحَقِّهِ، بل يغرم القِيمَةَ للبائع ويستردُّ الثمن، فعلى قِيَاسِ ذلك الوَجْهِ تغرم له الصَّدَاق وتأخذ مَهْرَ المِثْلِ.

وإن أَتْلَفَهُ أَجْنَبِيٌّ، فإن قلنا: إتْلاَفُ الأجنبي المَبِيعَ قبل القبض، كَتَلَفِهِ بالآفَةِ السَّمَاوِيَّةِ، فالحكم على مَا مَرَّ، وإن قلنا: بوجوب الخِيَارِ للمشتري، وهو الأَصَحُّ فللمرأة الخِيَارُ إن شَاءَتْ فَسَخَتِ الصَّدَاقَ، وحينئذٍ تأخذ من الزَّوْجِ مَهْرَ المِثْلِ إن قلنا: بضمان العَقْدِ، ومثل الصداق أو قيمته إن قلنا: بضمان اليَدِ، والزوج يَأْخُذُ الغُرْمَ من المُتْلِفِ، وإن لم يفسخ أخذت من المُتْلِفِ المِثْلَ، أو القيمة إن قُلْنَا بضمان القِيمَةِ ولها أن تُطَالِبَ الزَّوْجَ بالغُرْمِ ليرجع هو على المُتْلِفِ، إن قُلْنَا بضمان [اليد، وإن قلنا بضمان] العقد فليس لها مُطَالَبَةُ الزوج، هكذا رَتَّبَ الإِمَامُ، وصاحب «التهذيب» وغيرهما فأثبتوا لها الخِيَارَ على قَوْلَيْ ضَمَانِ العَقْدِ، وضمان اليد، ثم فَرَّعُوا عليهما وكان يَجُوزُ أن يقال: إنما يثبت الخِيَارُ على قَوْلِ ضَمَانِ العَقْدِ، فأما على قول ضمان اليَدِ، فلا خِيَارَ وليس لها إلا طَلَبُ المِثْلِ، أو القِيمَةِ، كما إذا أتلف أجنبي المُسْتَعَارَ في يد المُسْتَعِيرِ، وإن أَتْلَفَهُ الزَّوْجُ، فعلى الخِلاَفِ في أن إتلاَفَ البَائِعِ للمبيع قبل القَبْضِ، كالتلف بالآفَةِ السَّمَاوِيَّةِ، أو كإِتْلاَفِ الأجنبي، والأصح الأَوَّلُ، وقد بَيَّنَّا حُكْمَ الصَّدَاقَ على التقديرين وفَصَّلَ الإِمَامُ الكَلاَمَ في الخِيَارِ ها هنا على قول ضَمَانِ اليَدِ، فقال: إذا قلنا بِضَمَانِ اليد، وقلنا: إن الزَّوْجَ يَضْمَنُ ضَمَانَ الغصوب، فلا معنى لِلْفَسْخِ، ولها تَغْرِيمُ الزَّوْجِ أَقْصَى القِيَمِ، كيف فرض الأمر، وإن قلنا: إنه يَضْمَنُ قِيمَتَهُ يوم الإِصْدَاقِ، فإن جعلنا إتْلاَفَ البَائِعِ كالآفة السماوية، فلا فَائِدَةَ في الفَسْخِ؛ إذ ليس لها إلا قِيمَةُ يوم الإِصْدَاقِ كانت أقل أو أكبر[1].

وإن جعلناه كإِتْلاَفِ الأَجْنَبِيِّ، فإن كانت قِيمَتُهُ يوم الإصداق أَكْبَرَ، فلها في الفَسْخِ فائدة؛ لأنها إذا فَسَخَتْ أخذت قِيمَتَهُ يوم الإصداق، ولو لم تَفْسخ لم يكن لها إلا قِيمَةَ يوم الإتْلاَفِ، وإن كانت قِيمَةُ يوم الإصداق أَقَلَّ، فلا فَائِدَةَ في الفَسْخِ؛ لأنها إذا فَسَخَتْ لم يكن لها إلا قِيمَةُ يوم الإِصْدَاقِ، وإذا لم يكن في الفسخ فائدة، فينبغي ألا يَثْبُتَ، وإذا طالبت المَرْأَةُ بالصَّدَاقِ، فامتنع الزَّوْجُ من التسليم مُتَعَدِّياً، ثم تَلِفَ في يده، فهذا التلف نَازِلٌ مَنْزِلَةَ إتْلاَفِ البائع، فيجيء فيه الخِلاَفُ المذكور.

الثالثة: إذا حدث في الصَّدَاقِ نُقْصَانٌ في يد الزوج، فهو إما نُقْصَانُ جُزْءٍ، أو نُقْصَانُ صِفَةٍ.

---

(١) في ب: أكثر.

أما نقصان الجزء: فهو كما إذا أَصْدَقَهَا عَبْدَيْنِ، أو ثوبين، فَتَلِفَ أحدهما في يده، فَيَنْفَسِخُ العَقْدِ فيه، ولا يَنْفَسِخُ في الباقي، على الصَّحِيحِ من الخِلاَفِ في تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ، ولكن لها الخِيَارُ، فإن فَسَخَتْ رجعت إلى مَهْرِ المِثْلِ، على قول ضَمَانِ العَقْدِ، وعلى القول الآخر تَأْخُذُ قِيمَةَ العَبْدَيْنِ، وإن أجازت الباقي، رَجَعَتْ في التَالِفِ إلى حِصَّةِ قيمته من مَهْرِالمِثْلِ، على قول ضَمَانِ العقد، وإلى قيمة التَّالِفِ في القَوْلِ الآخر، وإن تَلِفَ ما تَلِفَ بإتلافٍ، نُظِرَ إن أَتْلَفَتْهُ المَرْأَةُ، جعلت قَابِضَةً لِقِسْطِهِ من الصَّدَاقِ، وإن أتلفه أجنبي، فلها الخِيَارُ فإن فسخت أَخَذَتِ الباقي، وقِسْطُ قيمة التالف من مَهْرِ المثل، إن قلنا بِضَمَانِ العَقْدِ، وقيمته إن قُلْنَا بضمان اليد وإن أَجَازَتْ أخذت من الأجنبي الضَّمَانَ، وإن أَتْلَفَهُ الزوج، فهو كالتَّلَفِ بالآفة السَّمَاوِيَّةِ، على الأصح، وأما نُقْصَانُ الصِّفَةِ، فهو العَيْبُ كَعَمَى العَبْدِ وشَلَلِهِ ونِسْيَانِهِ الحِرْفَةَ، ونحوها، فللمرأة، الخِيَارُ.

وفي «الوسيط» أن أبا حَفْصِ بن الوَكِيلِ قال: لا خِيَارَ لها على قَوْلِ ضَمَانِ العقد والمذهب الأول، فإن فسخت الصَّدَاق، أخذت من الزَّوْجِ مَهْرَ المِثْلِ على أصح القولين وبَدَلَ الصَّدَاقِ على القَوْلِ الآخَرِ، وإن أَجَازَتْ، فعلى الأصح لا شيء لها، كما لو رَضِيَ المُشْتَرِي بِعَيْبِ المَبِيعِ، وإن قلنا بضمان اليد، فلها أَرْشُ النُّقْصَانُ عليه، وإن أَطَّلَعَتْ على عَيْبٍ قديم، فلها الخِيَارُ أيضاً إن فسخت رَجَعَتْ إلى مَهْرِ المِثْلِ، أو إلى قِيمَةِ العَيْنِ سَالِمَةً، وإن أجازت، وقلنا بِضَمَانِ اليَدِ، فللقاضي الحسين تَرَدُّدٌ في أنه هل يثبت لها الأَرْشُ من حيث إن يَدَ الزَّوْجِ لم تَشْتَمِلْ من يوم الإِصْدَاقِ، إلا على مَعِيبٍ فَتَغْرِيمُهُ الأَرْشَ[1] وقد رضيت المَرْأَةُ بالعَيْبِ بَعدُ.

والظاهر أن لها الأَرْشَ، وإنما رَضِيَتْ بالعَيْنِ، على تقدير السَّلاَمَةِ[2] وقد فَاتَتْ، وإن حصل التَّعْيِيبُ لِجِنَايَةٍ، نُظِرَ إن حَصَلَ بِفِعْلِ الزوجة، جعلت قَابِضَةً لقدر النَّقْصَانِ، وتأخذ البَاقِي، ولا خِيَارَ، وإن هَلَكَ بعد التَّعْيِيبِ في يد الزوج، فلها من مَهْرِ المِثْلِ حِصَّةُ قيمة الباقي، من أَصَحِّ القولين، وقيمة الباقي على الثاني.

وإن حصل التَّعْيِيبُ بفعل الأَجْنَبِيِّ، فلها الخِيَارُ، فإن فَسَخَتْ أَخَذَتْ مَهْرَ المِثْلِ في أصح القولين، وقِيمَتَهُ سَلِيماً في الثاني، والزوج يأخذ الغُرْمَ من الجَانِي، وإن أَجَازَتْ غَرِّمَتِ الجَانِي، وليس لها مُطَالَبَةُ الزَّوْجِ، إن قلنا بِضَمَانِ العقد.

وإن قلنا بِضَمَانِ اليد، فلها مُطَالَبَتُهُ فينظر إن لم يكن لِلْجِنَايَةِ أَرْشٌ مُقَدَّرٌ، أو كان لها أَرْشٌ مقدر، وكان أَرْشُ النُّقْصَانِ أو أكثر. فترجع على من تَشَاءُ منهما، والقَرَارُ على الجَانِي، وإن كان القَدْرُ أَقَلَّ تُطَالِبُ بالمقدر من شَاءَتْ منهما، والقَرَارُ على الجَانِي،

---

(١) في ب: الأرض.

(٢) في ب: الثلاثة.

وتأخذ قيمة الأَرْشِ من الزَّوْجِ. وإن حصل التَّغْيِيبُ بجناية الزَّوْجِ، فعلى القولين في أن جِنَايَةِ البائع كالآفَةِ السَّمَاوِيَّةِ، أو كجناية الأجنبي، إن قلنا بالأول، وفَرَّعْنَا على ضَمَانِ اليد، فعليه ضَمَانُ ما نَقَصَ، وإن كان لِلْجِنَايَةِ أَرْشٌ مُقَدَّرٌ، كقطع اليَدِ، فعليه أَكْثَرُ الأَمْرَيْنِ من نِصْفِ القيمة، أو أَرْشُ النُّقْصَانِ «فرعان»:

أحدهما: أَصْدَقَهَا[1] داراً، فانْهَدَمَتْ في يده، ولم يتلف من النقض شيء، فالحَاصِلُ نُقْصَانُ صِفَةٍ، وإن تَلِفَ بعضه، أَوْ كُلُّهُ باحتراق، أو غيره، فالحَاصِلُ نُقْصَانُ الصفة[2] وإن كان الغَائِبُ جزءاً كما لو سَقَطَتْ أَطْرَافُ العَبْدِ، أو نقصان جزء، كما لو أَصْدَقَهَا ثَوْبَيْنِ، فتلف أحدهما، فيه وجهان:

أظهرهما: الثاني، وهما مذكوران في «البيع».

الثاني: أَصْدَقَهَا نَخِيلاً، ثم جعل ثَمَرَهَا في قَارُورَةٍ لنَفْسِهِ، وصَبَّ عليها صَقْراً من تلك النَّخِيلِ، وهي بَعْدُ في يده والصَّقْرُ هو السَّائِلُ من الرُّطَبِ، من غَيْرِ أن يعرض على النَّارِ، وأهل «الحِجَازِ» يفعلون ذلك اسْتِبْقَاءً لرطوبة الرُّطَبِ، واسْتِزَادَةً لِحَلاَوَتِهِ، فلا يخلو الحَالُ، إما أن تكون الثَّمَرَةُ صَدَاقاً مع النخيل بأن أَصْدَقَهَا نَخْلَةً مُطْلِعَةً، أو مُثْمِرَةً، أو لا تكون الثمرة صَدَاقاً.

الحالة الأولى: إذا كانت صَدَاقاً، فينظر إن لم تدخل الثَّمَرَةُ، ولا الصَّقْرُ نقص، لا بِتَقْدِيرِ النَّزْعِ من القَارُورَةِ، ولا بتقدير التَّرْكِ فيها، فتأخذهما المرأة ولا خِيَارَ لها، بل الزوج كَفَاهَا مُؤْنَةَ الجُذَاذِ، وإن حَدَثَ فيهما، أو في أحدهما نَقْصٌ، فذاك إما نُقْصَانُ عَيْنٍ، أو نقصان صفة:

أما نُقْصَانُ العين كما لو صَبَّ عليها مَكِيلَتَيْنِ من الصَّقْرِ فشرب الرطب مَكِيلَة فلا نجبر نقصان عين الصقر بزيادة قِيمَةِ الرُّطَبِ، ثم إن جعلنا الصَّدَاقَ مَضْمُوناً ضَمَانَ العقد يَنْفَسِخُ الصَّدَاقُ في قَدْرِ ما ذَهَبَ من الصَّقْرِ إن قلنا جِنَايَتُهُ كالآفة السَّمَاوِيَّةِ، وهو الأَصَحُّ، ولا يَنْفَسِخُ في الباقي، ولها الخِيَارُ إن فسخت رجعت إلى مَهْرِ المِثْلِ، وإن أَجَازَتْ في الباقي أَخَذَتْ بقدر ما ذَهَبَ من الصَّقْرِ من مَهْرِ المِثْلِ.

وإن قلنا: جناية كَجِنَايَةِ الأجنبي لم يَنْفَسِخْ عَقْدُ الصَّدَاقِ في شيء، ولها الخِيَارُ إن فسخت رجعت إلى مهر المثل، وإن أَجَازَتْ أخذت النَّخِيلَ والرُّطَبَ، ومثل ما ذهب من الصقر.

وإن قلنا بِضَمَانِ اليَدِ، تَخَيَّرَتْ أيضاً، إن فَسَخَتْ فلها قيمة النخل، ومِثْلُ الصقر،

---

(١) في ب: إذا أصدقها.

(٢) في ب: عين.

وقِيمَةُ الرُّطَبِ، أو مِثْلُهُ، على الخلاف المَذْكُورِ في الغَصْبِ، في أنه مِثْلِيٌّ أو مُتَقَوَّمٌ.

وإن أرادت أن تأخذ النَّخِيلَ، وتَرُدَّ الثمرة، فعلى الخلاف في تَفْرِيقِ [الصَّفْقَةِ][1] وإن أجازت، فلها ما بَقِيَ ومِثْلُ الذاهب من الصقر.

وأما نُقْصَانُ الصِّفَةِ إذا انْتَقَصَتْ قِيمَةُ الصقر والمَكِيلَتَانِ بحالهما، أو قِيمَةُ الرُّطَبِ، فإن كان النُّقْصَانُ حَاصِلاً ـ ترك الرُّطب في القَارُورَةِ، أو نزع ـ، فلها الخِيَارُ إن فَسَخَتْ، فعلى قول ضَمَانِ العَقْدِ، لها مَهْرُ المِثْلِ، وعلى قول ضَمَانِ اليَدِ لها بَدَلُ النَّخِيلِ، والرُّطَبُ، والصقر، وإذا إن أجازت فإن قلنا بِضَمَانِ العَقْدِ وجعلنا جِنَايَتَهُ كالآفة السَّمَاوِيَّةِ، أخذتها بلا أَرْشٍ، وإن جعلناها كَجِنَايَةِ الأجنبي، أو قلنا بِضَمَانِ اليد فعليه أَرْشُ النقصان وإن كان الرُّطَبُ يَتَعَيَّبُ لو نُزِعَ من القَارُورَةِ، ولو تُرِكَ لا يَتَعَيَّبُ، فلا يُجْبَرُ الزوج على التَّبَرُّعِ بالقَارُورَةِ، ولكن لو تركها أو تبرع بها، فَتُجْبَرُ على القَبُولِ إمضاء للعقد ويسقط خِيَارُهَا.

وعن أبي علي الطَّبَرِيِّ حِكَايَةُ وَجْهٍ أنها لا تُجْبَرُ على القَبُولِ، والظاهر الأول، وهل تَمْلِكُ القَارُورَةَ، حتى لا يَتَمَكَّنُ الزَّوْجُ من الرُّجُوعِ، وإذا نزعت ما فيها لم يَجِبُ رَدُّ القَارُورَةِ أو لا تملك، والغَرَضُ قَطْعُ الخُصُومَةِ، حتى يتمكن من الرجوع، وإذا رجع يعود خِيَارُ المرأة، ويجب رَدُّ القَارُورَةِ إذا نزعت ما فيها، وفيه وَجْهَانِ، كما ذكرنا في البيع في مَسْأَلَةِ النَّعْلِ، ومسألة الحِجَارَةِ المَدْفُونَةِ.

وإن كان الرُّطَبُ لا يَتَعَيَّبُ بالنزع، ويَتَعَيَّبُ بالتَّرْكِ، فلها مُطَالَبَتُهُ بالنَّزْعِ، ولا خِيَارَ، ولو تَبَرَّعَ الرجل بالقَارُورَةِ، فلا تُجْبَرُهنَ على القَبُولِ؛ لأنه لا ضَرُورَةَ إليه.

الحالة الثانية: إذا لم تكن الثَّمَرَةُ صَدَاقاً، فإن كانت النَّخْلُ حَائِلَةً يوم الإِصْدَاقِ، ثم أَثْمَرَتْ في يده، فإن لم يَحْدُثْ نقصان، أو زَادَتِ القِيمَةُ، فالكل لها، وإن حدث نُقْصَانٌ فيهما، أو في أحدهما، فلا خِيَارَ لها؛ لأن ما حدث فيه النُّقْصَانُ ليس بِصَدَاقٍ، ولها الأَرْشُ.

وفي كتاب القاضي ابن كَجٍّ نَقْلُ وجه ـ لا وجه له ـ أنه يثبت لها الخِيَارُ، وإن كان النُّقْصَانُ بحيث لا يَقِفُ، ويزداد إلى الفَسَادِ، فتأخذ الحاصل، وأَرْشَ النقص، أو تَتَخَيَّرُ بينه وبين أن تطالبه بِغُرْمِ الجميع فيه خلاف مذكور في «الغَصْبِ» فيما إذا بَلَّ الحِنْطَةَ حتى تَعَفَّنَتْ، وفي «العدة» أنها على القَوْلِ الأَوَّلِ تأخذ أَرْشَ النَّقْصِ في الحال، وكلما ازداد النُّقْصَانُ طالبت بالأَرْشِ، ولو كان الرُّطَبُ يَتَعَيَّبُ بالنزع من القَارُورَةِ [ولا يتعيب بالترك

---

(١) سقط من: ب.

فتبرع الزوج بالقارورة] لم تجبر على القبول، لأنه لا حَاجَةَ إليه في إِمْضَاءِ العَقْدِ ها هنا، هذا كله إذا كان الصَّقْرُ من ثمرة تلك النخيلة.

أما إذا كان الصَّقْرُ للزوج، والثَّمَرَةُ من الصَّدَاقِ، فالنظر [هنا لنقصان][1] الرُّطَبِ وَحْدَهُ، إن نَقَصَ فلها الخيار، وإن لم يَنْقُصْ بالنَّزْعِ، فلا خِيَارَ، وتأخذ المرأة الرُّطَبَ، والزوج الصقر ولا شيء فيما تَشَرَّبَهُ الرُّطَبُ، وإن كان يَنْتَقِصُ بالنزع، فلها الخِيَارُ فإن تَبَرَّعَ الزَّوْجُ بالصَّقْرِ والقارورة سقط الخِيَارُ، ولزم القَبُولُ على الظاهر، ويجيء ما مَرَّ في التَّبَرُّعِ بالقَارُورَةِ، هذا هو الكلام في نُقْصَانِ الصَّدَاقِ في يد الزوج.

أما إذا زاد، فإن كانت الزِّيَادَةُ مُتَّصِلَةٍ، كالسِّمَنِ والكِبَرِ، وتعلم الصَّنعَة، فهي تابعة للأصل، وإن كانت مُنْفَصِلَةً كالثمرة، والوَلَدِ، وكَسْبِ الرقيق، قال في «التتمة» إن قلنا: إن الصَّدَاقَ مَضْمُونٌ ضَمَان اليد، فهي للمرأة.

وإن قلنا بضمان العَقْد، فوجهان كالوجهين في زَوَائِد المَبِيعِ، قبل القبض والأصح أنها لِلْمُشْتَرِي في البيعَ، وللمرأة ها هنا.

وإن قلنا: إنها للمرأة فَهَلَكَتْ في يده، أو زَالَتْ المُتَّصِلَةُ بعد حصولها، فلا ضَمَانَ على الزوج، إلاَّ إذا قُلْنَا بضمان اليَدِ، وقلنا: إنه يضمن ضَمَانَ الغُصُوبَ، وإلا إذا طالبَتْه بالتَّسْلِيم، فامتنع وفي «التهذيب» وغيره ما يُشْعِرُ بِتَخْصِيصِ الوجهين، في أن الزَّوَائِدَ لمن هي بماَ إذا هَلَكَ الأَصْلُ في يد الزوج، وبَقِيَتِ الزَّوَائِدُ، أوردَّتِ الأَصْلَ بِعَيْبِ، فأما إذا اسْتَمَرَّ العَقْدُ، وقبضت الأَصْلَ، فالزوائد لها[2] قَطْعاً.

---

(١) في ب: ها هنا إلى نقصان.

(٢) قال في المهمات: لم يطلق المتولي الوجهين حتى يحتاج لتخصيصهما بإشعار من كلام البغوي، ولا يتخيل مع بقاء العقد وجه بأن الزوائد للبائع ولا للزوج وإنما حكي الخلاف مع الانفساخ فجزم في البيع بأن زوائد المبيع قبل القبض للمشتري.
وقال هنا تفريعاً على أن الصداق مضمون ضمان عقد حكمها حكم زوائد المبيع قبل القبض، ثم قال فيما لو ردت الصداق بعيب بعد حصول الزوائد في يده أن حكمه كما لو وجد بالمبيع عيباً فرده فعلم أن محل الخلاف في البيع مع الفسخ وأن الصداق كالبيع، فمحل الخلاف فيه أيضاً مع الفسخ.
قال في التوسط: وما حكاه من أشعار كلام التهذيب وغيره هو مراد المتولي بلا شك، وفي عبارته إبهام ثم ساق لفظه ثم قال: وإنما سقت كلامه، يعني القاضي الحسين وكلام التتمة لأن الإسنوي رحمه الله تعالى أطنب في الإنكار على الشيخين، ثم ساق لفظ المهمات ثم قال وهذا لا شك فيه ولا يخفى على من دون الرافعي والنووي بدرجات كثيرة.
وقال الشيخ البلقيني: ما نقله عن التهذيب كلام المتولي أيضاً يوافقه بمقتضى نقل الرافعي والنووي، فإنه قال كالوجهين في زوائد المبيع قبل القبض. والوجهان في زوائد المبيع إنما هما إذا هلك الأصل وإلا فالزوائد للمشتري قطعاً.

المسألة الرابعة: المَنَافِعُ الفَائِتَةُ في يد الزَّوْجِ غَيْرُ مَضْمُونَةٍ عليه إن قلنا بضمان العَقْدِ، وإن طالبته بالتَّسْلِيم، فامتنع[1]، وإن قلنا بِضَمَانِ اليد، فعليه أُجْرَةُ المِثْلِ من وقت الامْتِنَاعِ، والمَنَافِعُ التي اسْتَوْفَاهَا وَفَوَّتَهَا كالركوب واللُّبْسِ والاسْتِخْدَام لا يَضْمَنُهَا أيضاً على قول ضَمَانِ العَقْدِ، إن جعلنا جِنَايَةَ البَائِعِ كالآفَةِ السَّمَاوِيَّةِ، إن جعلناها كَجِنَايَةِ الأجنبي، أو قلنا بضمان اليد، فَيَضْمَنُهَا بِأُجْرَةِ المِثْلِ والله أعلم.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **فَلاَ مَعْنَى لِتَكْثِيرِ الكَلاَمِ بِالتَّفْرِيعَ عَلَى القَوْلَيْنِ فَإِنَّ الصَّحِيحَ أَنَّ الصَّدَاقَ عِوَضٌ وَلِذَلِكَ يُؤْخَذُ بِالشُّفْعَةِ، وَإِنَّمَا لاَ يَفْسُدُ النِّكَاحُ بِفَسَادِهِ لأَنَّ إِخْلاَءَ النِّكَاحِ عَنِ المَهْرِ لاَ يُفْسِدُهُ لأَنَّهُ يَثْبُتُ شَرْعاً فِي المُفَوِّضَةِ عَلَى الصَّحِيحِ فَهُوَ مُسْتَغْنٍ عَنِ الذِّكْرِ، وَإِنَّما يُؤَثِّرُ ذِكْرُهُ فِي التَّعْيينِ وَالتَّقْدِيرِ فَلاَ جَرَمَ إِنْ فَسَدَ التَّعْيِينُ بِأَنْ ذكر حُرّاً أَوْ خَمْراً أَوْ خِنْزِيراً صَارَ كَأَنَّهُ لَمْ يَذْكُرْهُ وَيَرْجِعُ إِلَى مَهرِ المِثْلِ، وَعَلَى قَوْلٍ آخَرَ يَلْغُو تَعْيِينُهُ وَلَكِن يَرْجِعُ إِلَى قِيمَتِهِ إِذْ يُعْتَبَرُ الذِّكْرُ فِي تَقْدِيرِ مَبْلَغِ الصَّدَاقِ وَإِنْ لَمْ يُعْتَبَرْ فِي التَّعْيينِ فَيُقَدَّرُ الحُرّ عَبْداً وَالخَمْرُ عَصِيراً وَالخِنْزِيرُ شَاةً.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لم يُرِدْ تَطْوِيلَ الكَلاَمَ في تفريع قولي ضمان العقد، وضَمَانِ اليد، فَاقْتَصَرَ على ذِكْرِ أصحهما وتبيين مأخذه واعْتَذَرَ عما يَتَوَجَّهُ عليه إِشْكَالٌ، فقوله: «فإن الصحيح أن الصَّدَاقَ عوَضٌ» إِشَارَةٌ إلى ما قاله الأَئِمَّةُ أن القَوْلَيْنِ مَبْنِيَّان، على أن الصَّدَاقَ نِحْلَةٌ أو عِوَضٌ، كالعِوَضِ في البيع، وربما رَدُّوا الكَلاَمَ إلى أن الغَالِبَ عليه مُشَابَهَةُ النِّحْلَةِ أو العِوَضِ، وتُوَجِّهُ جهة النحلة بقوله تعالى: **﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾** [النساء: ٤] وأن النِّكَاحَ لا يَفْسُدُ بِفَسَادِهِ، ولا يَنْفَسِخُ بِرَدِّهِ، وكونه عِوَضاً، بأن قوله: «زوجتك بكذا» كقوله: «بِعْتُكَ بكذا» وبأنها تمكّنُ من الرَّدِّ بالعَيْبِ، وذلك من أحكم الأَعْوَاضِ، وبأنها تحبس نفسها لِتَسْتَوْفِيَهُ، وبأنه لو مَهَرَهَا شِقْصاً، ثبت للشريك الشُّفْعَةُ، كما لو باعها، وهذا أَصَحُّ.

وأجابوا عن الآية بأن النحْلَةَ قد يُرَادُ بها الدِّينُ، يقال: فلان يَنْتَحِلُ كذا، فالمعنى آتوا النساء صَدُقَاتِهِنَّ تَدَيُّناً، ويجوز أن يكون المعنى عَطِيَّةً من عِنْدِ الله للنساء.

وأما أن النِّكَاحَ لا يَفْسَدُ بفساده، فَسَبَبُهُ ما سبق أن الصَّدَاقَ ليس رُكْناً في النِّكَاحِ، وإنما الركن فيه الزوجان، ولذلك يجب تَسْمِيَةُ الزوجين في النكاح، كما يجب تَسْمِيَةُ العِوَضِ في البيع، ولا يجب تَسْمِيَةُ المَعْقُودِ لهما البيع إذا بَاشَرَ الوَكِيلاَنِ، فلذلك لم يفسد النِّكَاحُ بفساد الصَّدَاقِ، لكنه إذا ثَبَتَ ثَبَتَ عِوَضاً، على أنه حكى قول عن القديم

(١) لما لو اتفق ذلك في البائع. فقول الزركشي والصواب عند الامتناع من التسليم التضمين ممنوع.

أنه يَفْسَدُ النكاح بِفَسَادِ الصداق، ويقال: إنه مُخَرَّجٌ من قول سنذكره في مسألة شَرْطِ الخِيَارِ في الصَّدَاقِ أنه يَفْسَدُ النكاح، وبه قال مَالِكٌ في رواية مَشْهُورَةٍ.

وعن أحمد مثله، ويُخَرَّجُ هذا على قولهم: إن النكاح لا يفسد بِرَدِّ الصَّدَاقِ.

ثم إذا فَسَدَ الصَّدَاقُ بأن ذكر «حراً» ففيه قولان:

أصحهما: ـ وبه قال أبو حنيفة ـ أن الوَاجِبَ مَهْرُ المِثْلِ[1].

والثاني: ويُنْسَبُ إلى القديم، وبه قال أحمد: أن الوَاجِبَ قِيمَتُهُ بتقدير الرِّقِّ، وقد بُنِيَ القولان على أن الصَّدَاقَ إذا تَلِفَ قبل القَبْضِ يكون الرُّجُوعُ إلى مَهْرِ المِثْلِ، أو بَدَلِ الصَّدَاقِ، إن أوجبنا مَهْرَ المثل إذا لم يَبْقَ الصَّدَاقُ، فكذلك نُوجِبُهُ، إذا لم يصلح المذكور لأن يكون صَدَاقاً، وإن أوجبنا بَدَلَ الصَّدَاقِ هناك، فقد تَعَيَّنَّا عَقْدَ الصَّدَاقِ مع فَوَاتِ العَيْنِ، اعتماداً على المَالِيَّةِ، فكذلك في الابتداء يحكم بانْعِقَادِ الصَّدَاقِ اعْتِمَاداً على المَالِيَّةِ، وقد تَوَجَّهَ القول الأول بأنه إذا كان العِوَضُ فَاسِداً، وجب رَدُّ العِوَضِ الآخر، فإذا تَعَذَّرَ رَدُّهُ لصحة النكاح، وَجَبَ مَهْرُ المِثْلِ، كما إذا اشترى شَيْئاً بِعِوَضٍ فاسد، وَتَعَذَّرَ رَدُّ المَبِيعِ، يجب قيمته والثاني: بِأَنَّهُمَا إذا ذكرا عِوَضاً كان مَقْصِدُهُمَا ذلك العِوَضَ دُونَ قِيمَةِ البُضْعِ، وهي مَهْرُ المِثْلِ، ولذلك المذكور خصوص، وهو عينه، وعموم وهو مَالِيَّتُهُ، وإذا لم يكن اعْتِبَارُ عينه يعتبر الذكر في المالية فلا يَلْغُو التَّقْدِيرُ بذلك القَدْرِ، وإن لَغَا التعيين، ومن قال بالأول قال: إذا فَسَدَ المَذْكُورُ، فكأن التَّسْمِيَةَ لم تكن، فيوجب مهر المثل، وأيضاً فتقدير المالية فيما لا مَالِيَّةَ له بَعِيدٌ، فَيَلْغُو التقدير، كما يَلْغُو التَّعْيِينُ ويفيد الذكر قصد العِوَضِ، وعدم الرِّضَا بالتَفْوِيضِ، واختلفوا في مَحَلِّ القَوْلَيْنِ، فعن الشيخ أبي حَامِدٍ، وأبي بكر الصَّيْدَلاَنِيِّ والقاضي الحسين أن مَحَلَّ القولين ما إذا قال: «أَصْدَقْتُكِ هَذَا العَبْدَ» إما على ظَنٍّ أنه عَبْدٌ، وإما مع العلم بأنه حُرٌّ، أما إذا قال: «أصدقتك هذا الحُرَّ»[2] فالعِبَارَةُ فَاسِدَةٌ، ويجب مَهْرُ المِثْلِ قَوْلاً وَاحِداً، وعلى هذا جَرَى صاحب «التهذيب» وغيره.

وفي «التتمة» طَرِيقَةٌ أخرى: أنه لا فَرْقَ بين اللَّفْظَيْنِ في جَرَيَانِ القولين، ولو قال: «أصدقتك هذا» واقْتَصَرَ عليه، فلا خَلَلَ في العبارة ففيه القولان ولو ذكر خمْراً، أو خِنْزِيراً أَو مَيْتَةً، فطريقان:

أحدهما: القَطْعُ بوجوب مَهْرِ المِثْلِ؛ لأنه لا مَالِيَّةَ لها، ولا قِيمَةَ، وتَقْدِيرُ القِيمَةِ بتغيير الصِّفةِ، والخِلْقَةِ بَعِيد، بخلاف الرِّقِّ المقدر في الحر، فإنه شيء حُكْمِيٌّ، وإذا

---

(١) في ب: ينفسخ.

(٢) لصحة النكاح وفساد التسمية.

تَعَذرَ التَّقْوِيم، كان كما لو أَصْدَقَهَا مجهولاً يجب مَهْرُ المِثْلِ قَوْلاً واحداً.

والثاني: وهو المذكور في الكتاب أنه على القولين، كما لو ذكر حرّاً[1] وعلى هذا فَيَعُودُ النَّظَرُ إلى العبارة، إن قال: أَصْدَقْتُكِ هَذَا الخَمْرَ، أو هذا الخِنْزِيرَ، فالعبارة فَاسِدَةٌ، وإن قال: هذا العَصِيَر، أو هذه النَّعْجَةَ، والمشار إليه خَمْرٍ وخنزير، فهو موضع القَوْلَيْنِ، وعلى هذه الطريقة، فعلى قول الرُّجُوعِ إلى بَدَلِ الصَّدَاقِ، كما يقدر الحر عَبْداً يُقَدَّرُ الخَمْرُ عَصِيراً، ويجب مِثْلُهُ، وقد حكينا في «باب نكاح المُشْرِكَاتِ» فيما إذا أسلم الزَّوْجَانِ، وقد جرى القَبْضُ في بعض المَهْرِ الفاسد وَجْهاً أنه يُقَدَّرُ الخَمْرُ خَلاًّ، ولم يذكروا هناك اعتبار العَصِيرِ، والوجه التَّسْوِيَةُ، وذكرنا وَجْهاً أنه تعتبر قِيمَةُ الخَمْرِ عند من يَرَى لها قِيمَةً، ولا يَبْعُدُ مجيئه ها هنا، بل ينبغي أن يُرَجَّحَ على ما سَبَقَ في نكاح المشركات، وفي تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ.

وأما الخنزير فقد ذكر صاحب الكتاب ها هنا، وفي «الوسيط» أنه يُقَدَّر شَاة، والمذكور في باب نِكَاحِ المُشْرِكَاتِ أنه يُقَدَّرُ بَقَرَةً، وهو الذي أورده الإمام، وصاحب «التهذيب».

وفي المَيْتَةِ تُقَدَّرُ مُذَكَّاةً، ثم الواجب فيها، وفي الخِنْزِيرِ القِيمَةُ، وبعد جميع ذلك، واضْطِرَابُ كَلاَمِ الأئمة فيه يُزِيدُ القول الأَصَحَّ قُوَّةً، وهو وُجُوبُ مَهْرِ المثل، وقوله في الكتاب: [ولذلك] يؤخذ بالشُّفْعَةِ يمكن أن يُعَلَّمَ بالحاء، وإن كانت المسألة دَخِيلَةً ها هنا مَذْكُورَةً للاستشهاد، لأن أبا حَنِيفَةَ لا يثبت الشُّفْعَةَ في الشِّقْص المَمْهُورِ.

وقوله: «وإنما لا يَفْسَدُ النِّكَاحُ بفساده» يُعَلَّمُ بالميم والألف والواو؛ لما بيناه.

وقوله: «لأنه يثبت شَرْعاً في المُفَوَّضَةِ على الصحيح» أي: أن أَصْلَ المَهْرِ غير مُحْتَاجٍ إلى الذِّكْرِ بدليل وُجُوبِهِ في صورة التَّفْوِيضِ بالعَقْدِ، وهذا أحد القولين فيه، وترجيحه هذا القَوْلِ غَيْرُ مُسَاعَدٍ عليه، كما سيأتي في التفويض وقوله: «أو خمراً أو خِنْزيراً» يجوز إعلامه بالواو إِشَارَةً إلى الطريقة الذاهبة إلى أنه لا مَجَالَ لِلْقَوْلَيْنِ في الخمر والخِنْزِيرِ، ويجب مَهْرُ المِثْلِ لا مَحَالَةَ وقوله: «عصيراً» أو «شاة» يَجُوزُ إِعْلاَمُهُمَا بالواو لما عرفته.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الحُكْمُ الثَّانِي فِي التَّسْلِيم) وَالبَدَاءَةُ بِتَسْلِيمِ الصَّدَاقِ عَلَى قَوْلٍ، وَفِي قَوْل: لاَ بَدَاءَةَ بَلْ يُجْبَرَانِ مَعاً بِأَنْ يَسَلِّمَ الصَّدَاقُ إِلَى عَدْلٍ حَتَّى إِذَا مُكِّنَتْ سُلِّمَ إِلَيْهَا، وَعَلَى قَوْلٍ ثَالِثٍ ،لاَ يُجْبَرَانِ بَلْ يَبْدَأُ مَنْ أَرَادَ أَخْذَ المُعَوَّضِ، فَإِنْ قُلْنَا: البَدَاءَةُ بالصَّدَاقِ فَذَلِكَ إِنَّمَا يَجِبُ إِذَا كَانَتْ مُهَيَّأَةً للاسْتِمْتَاعِ، فَإِنْ كَانَتْ مَحْبُوسَةً أَوْ مَمْنُوعَةً بِعُذْرٍ آخَرَ لَمْ

---

(١) في ب: خمراً.

يَلْزَمْ تَسْلِيمُ الصَّدَاقِ، وَإِنْ كَانَتْ صَبِيَّةً فَفِي وُجُوبِ تَسْلِيمِ المَهْرِ قَوْلاَنَ كَمَا فِي النَّفَقَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لو أَخَّرَ تَسْلِيمَ الصَّدَاقِ بِعُذْرٍ أو غير عُذْرٍ، وطلب منها تَسْلِيمَ نَفْسِهَا، لم يكن عليها الإِجَابَةُ، بل لها حَبْسُ نفسها إلى أن يُسَلِّمَ الزوج الصداق، بِتَمَامِهِ، إن كان الصَّدَاقُ عَيناً، أو دَيْناً حَالاً[١]، وإن كان مُؤَجَّلاً، فليس لها حَبْسُ النَّفْس لِرِضَاهَا بالتَّأْخِيرِ، وإن حَلَّ الأَجَلُ قبل أن تُسَلِّمَ نفسها، فجواب الشيخ أبي حَامِدٍ وأصحابه: أنه ليس لها الحَبْسُ أيضاً[٢]؛ لأنها قَدْ رَضِيَتْ أوّلاً بكون الصَّدَاقِ في ذِمَّتِهِ، ووجب عَلَيْهَا التَّسْلِيمُ قبل القبض، فلا يرتفع بِحُلُولِ الحق، وعلى هذا جَرَى صاحبا «التتمة» و «التهذيب» وأكثر الأئمة، وفيه وجه أن لها الحَبْسَ لاسْتِحْقَاقِهَا المُطَالَبَةَ بعد الحُلُولِ، كما في الابتداء، وهذا ما اختاره الحناطِيُّ والقاضي الرُّوَيانِيُّ، وإليه ذهب القاضي أبو الطَّيِّب، وبالوجه الأول أَجَبْنَا، فيما إذا باع بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ، ثم حَلَّ الأَجَلُ قبل تَسْلِيمِ المبيع، ويجيء فيه الوَجْهُ الثاني أيضاً، بل حكى ذلك أَيْضاً عن نَصِّ المُزَنِيِّ.

وإذا كانت المرأة صَغِيرَةً أو مَجْنُونَةً، فَلِوَلِيِّهَا حَبْسُهَا إلى أن يقبض الصداق الحال ولو رأى المَصْلَحَةَ في التَّسْلِيمِ، فَلَهُ التَّسْلِيمُ، كما يجوز لِلْعَاقِلَةِ أن تُسَلِّمَ نفسها قبل القَبْضِ.

وعن مالك: أنه لا يَجُوزُ ما لم يقبض أقل ما يَصْلُحُ أَنْ يكون صَدَاقاً ولو اختلف الزَّوْجَانِ، فقال الزوج: لا أُسَلِّمُ الصَّدَاقَ حتى تسلمي نَفْسَكِ وقالت هي: لا أُسَلِّمُ نفسي حتى تسلم الصداق، ففيه ثلاثة أقوال:

أحدها: يُجْبَرُ الزوج على التسليم[٣] أولاً، فإذا سلم سَلَّمَتْ[٤] نفسها.

وأَصَحُّها: أنهما يُجْبَرَانِ بأن يُؤْمَرَ الزوج بوضع الصَّدَاقِ عند عَدْلٍ، وتُؤْمَر بالتمكين، فإذا مَكَّنَتْ سَلَّمَ العَدْلُ الصَّدَاقَ إليها[٥].

والثالث: أنه لا يُجْبَرُ وَاحِدٌ منهما، لكن إذا بَادَرَ أحدهما إلى التسليم أُجْبِرَ الآخر

---

(١) دفعاً لضرر فوات البضع، فيجب عليه تأويته.

(٢) قال في المهمات: صحح في الشرح الصغير مقابله، وهو الصواب ورده الأذرعي في التوسط بعبارة خشنة.

(٣) في ب: تسليم الصداق.

(٤) أشعر اقتصار المصنف على الأقوال الثلاثة أنه لا يجيء قول بإجبار الزوجة، وهو كذلك كما صرح به الإمام لفوات البضع عليها بالتسليم.

(٥) لما فيه من فصل الخصومة.

قال الإمام: فلو هم بالوطء بعد أن سلمت المهر فامتنعت، فالوجه استرداده.

على تَسْلِيم ما عنده، وهذه الأَقْوَالُ قد سَبَقَ مِثْلُهَا في البيع عند اختلاف المُتَبَايِعَيْنِ في البِدَايَةِ بالتسليم، وذكرنا هناك قَوْلاً رَابعاً: وهو أن البَائِعَ يُجْبَرُ على التَّسْلِيم أوَّلاً، وها هنا لا يمكن الابتداء بالمرأة، لأن مَنْفَعَةَ البُضْعِ إذا فَاتَتْ تَعَذَّرَ اسْتِدْرَاكُهَا، والمال يمكن اسْتِرْدَادُهُ.

وعن ابن الوَكِيلِ، وابن سَلَمَةَ، والقاضي أبي حامد، وغيرهم الاقْتِصَارُ على ذِكْرِ القول الثاني، والثالث، وإنكار البِدَايَةِ بالزوج، وإذا أثبتنا الأَقْوَالَ فقول البِدَايَةِ بالزَّوْجِ مَوْضِعُهُ ما إذا كانت مُهَيَّأَةً للاسْتِمْتَاع، أما إذا كانت مَحْبُوسَةً أو مَمْنُوعَةً بِمَرَضٍ، فلا يلزمه تسليم الصَّدَاقِ[1]، وإن كانت صَغِيرَةً لا تَصْلُحُ لِلْجِمَاعِ، فهل يلزمه التَّسْلِيم؟ فيه قولان، وكذا لو سلمت مثل هذه الصغيرة إلى زوجها، هل عليه تَسْلِيمُ المَهْرِ؟ فيه قولان كالقولين في وُجُوبِ النَّفَقَةِ، وهما مذكوران في النَّفَقَاتِ:

أحدهما: الوجوب كما في المَرِيضَةِ والرَّتْقَاءِ.

وأصحهما: المنع: لأن زَوَالَ الصِّغَرِ له أَمَدٌ مَعْلُومٌ، فالتَّأْخِيرُ إليه لا يكون كالتَّأْخِيرِ لا إلى غَايَةٍ، وفي المسألة طريقان آخران:

إحداهما: عن القاضي أبي الطَّيِّبِ: القطع بأنه لا يَجِبُ تَسْلِيمُ الصَّدَاقِ والفَرْقُ أنَّ النَّفَقَةَ تجب لكونها مَحْبُوسَةً عليه مُمَكِّنَةً له، بحسب الإِمْكَانِ، وقد تحقق هذا المعنى، والمَهْرُ عِوَضُ الاسْتِمْتَاعِ، وأنه مُتَعَذِّرٌ.

والثانية: حكى الشيخ أبو حَامِدٍ: القطع بأنه يَجِبُ تَسْلِيمُ الصَّدَاقِ، والفرق أن المَهْرَ يجب في مُقَابَلَةِ البُضْعِ، ومِلْكُ البُضْعِ حاصل بالعَقْدِ، والنفقة في مقابلة التمكين من الاسْتِمْتَاعِ، والتمكين من الاسْتِمْتَاع يَسْتَدْعِي إِمْكَانَ الاستمتاع وهو مفقود ويَجْرِي الخلاف فيها إذا كان الزَّوْجُ صَغِيراً في مُطَالَبَةِ الوَلِيِّ، وإن كان الزوج صَغِيراً وهي كبيرة، فالأَصَحُّ أن لها طَلَبَ المَهْرِ، كما في النَّفَقَةِ، وإذا قلنا: إن البِدَايَةَ بالزوج، أو قلنا: إنهما يُجْبَرَانِ، فقالت الزوجة: سَلِّمِ المَهْرَ لأسلم نَفْسِي، فيلزمه النَّفَقَةُ من حينئذٍ؛ لأنها مُمَكِّنَةٌ مُطَاوِعَةٌ.

وإن قلنا: لا يُجْبَرَانِ، فلا نَفَقَةَ لها حَتَّى تُبَادِرَ إلى التَّمْكِينِ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **ثُمَّ إِذَا بَادَرَتْ وَمُكِّنَتْ كَانَ لَهَا طَلَبُ الصَّدَاقِ وَإِنْ لَمْ يَطَأْهَا عَلَى كُلِّ قَوْلٍ، نَعَمْ لَوْ رَجَعَتْ إِلَى الامْتِنَاعِ سَقَطَ طَلَبُهَا إلاَّ إِذَا وَطِئَهَا، فَإِنَّ المَهْرَ يَسْتَقِرُّ بِوَطْأَةٍ وَاحِدَةٍ، وَلَيْسَ لَهَا بَعْدَ الوَطْءِ حَبْسُ نَفْسِهَا لأَجْلِ الصَّدَاقِ إِذْ بَطَلَ (ح) حَقُّهَا بِالتَّمْكِينِ مِنْ وَطْءٍ وَاحِدٍ، أَمَّا إِذَا بَادَرَ الزَّوْجُ وَسَلَّمَ الصَّدَاقَ، فَإِنْ قُلْنَا: يُجْبَرُ الزَّوْجُ فَلَهُ الاسْتِرْدَادُ إِذَا**

---

(١) قال الأذرعي: لا يختص هذا بهذا القول، بل هو معتبر على كل قول حتى لو بذلت نفسها وبها مانع من إحرام أو غيره، لم يجبر. صرح به العراقي.

امْتَنَعَتْ، وَإِنْ قُلْنَا: لاَ يُجْبَرُ فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ بِالْمُبَادَرَةِ فَلَيْسَ لَهُ الاسْتِرْدَادُ، وَمَهْمَا سَلَّمَ الصَّدَاقَ فَعَلَيْهِ أَنْ يُمْهِلَهَا رَيْثَمَا تَسْتَعِدُّ بِالتَّنَظُّفِ وَالاسْتِحْدَادِ، وَأَقْصَى الْمُهْلَةِ ثَلاَثَةُ أَيَّامٍ، وَلاَ يُمْهِلُهَا لأَجْلِ تَهْيِئَةِ الجِهَازِ وَأَعْرَاضٍ أُخَرَ سِوَى التَّنَظُّفِ، وَلاَ يُمْهِلُ لأَجْلِ الحَيْضِ فَإِنَّ لَهُ الاسْتِمْتَاعَ بِمَا فَوْقَ الإِزَارِ، وَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً لاَ تُطِيقُ الجِمَاعَ أَوْ مَرِيضَةً وَجَبَ الإِمْهَالُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الكلام الآن فيما إذا بَادَرَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ إلى التَّسْلِيمِ، وذلك إما أن يكون[1] من المَرْأَةِ، أو من الرجل، فإن بَادَرَتْ هي، ومَكَّنَتْ، فلها طَلَبُ الصَّدَاقِ على الأقوال كلها ثم إن لم يجر وَطْءٌ، فلها العَوْدُ إلى الامْتِنَاعِ، إلى أن يسلم الصَّدَاقَ، ويكون الحُكْمُ، كما قبل التمكين، وإن جَرَى فَلَيْسَ لها بَعْدَ ذلك الامْتِنَاعُ وَحَبْسُ النَّفْسِ لاسْتِيفَاءِ الصَّدَاقِ، كما لو تَبَرَّعَ البَائِعُ بتسليم المَبِيعِ، قبل قَبْضِ الثمن، ليس له أَخْذُهُ وحَبْسُهُ.

وقال أبو حَنِيفَةَ: لها العَوْدُ إلى الامتناع وفي «شرح القاضي ابن كج» أن أبا مَنْصُورٍ الأبنوردي حَكَى عند القَاضِي أبي حَامِدٍ أن للأصحاب وَجْهاً مِثْلَهُ، وإذا وَطِئَهَا مُكْرَهَةً، فهل لها مَنْعُ النَّفْسِ بعده؟ فيه وجهان:

أصحهما: نعم كما لو غَصَبَ المشتري المَبِيعَ قبل تسليم الثمن، يجوز لِلْبَائِعِ رَدُّهُ إلى حَبْسِهِ.

والثاني: لا؛ لأن البُضْعَ بِالوَطْءِ كالتَّالِفِ، فأشبها ما لو غَصَبَ المشتري المَبِيعَ قبل تسليم الثَّمَنِ، وهَلَكَ عنده، ويجري الوجهان فيما لو سَلَّمَ الوَلِيُّ الصَّغِيرَةَ، أو المَجْنُونَةَ قبل قَبْضِ الصَّدَاقِ، فبلغت أو أَفَاقَتْ بعد الدُّخُولِ، فإن بَلَغَتْ أو أَفَاقَتْ قبله، فلها الامْتِنَاعُ، وإن بَادَرَ الزَّوْجُ، وسلم الصداق، فعليها التَّمْكِينُ، وتَسْلِيمُ النَّفْسِ إذا طلب الزوج، وكذا لو كان الصَّدَاقُ مُؤَجَّلاً، فإن امْتَنَعَتْ من غير عُذْرٍ، فهل له اسْتِرْدَادُ ما سلم؟ ينبني ذلك على أن الزَّوْجَ هل يُجْبَرُ على تَسْلِيمِ الصَّدَاقِ؟!.

إن قلنا: نعم، فله الاسْتِرْدَادُ؛ لأن الإِجْبَارَ بشرط تَسْلِيمِ المعوض إليه، وإن قلنا؛ لا يُجْبَرُ فوجهان:

أظهرهما: أنه لا يسترد؛ لأنه قد تَبَرَّعَ بالمُبَادَرَةِ، وسلم فلا يتمكَّنُ من الرجوع، كما لو عَجَّلَ المَالُ المُؤَجَّلُ.

والثاني: له الاسْتِرْدَادُ؛ لأنه لم يَتَحَصَّلْ على العِوَضِ، وهذا ما أَوْرَدَهُ صاحب «العدة».

---

(١) في ب: يوجد.

وعن القاضي الحسين أنه إن كانت المَرْأَةُ مَعْذُورَةً حين سَلَّمَ، فزال العُذْرُ، وامتنعت يسترد؛ لأنه سلم على رَجَاءِ التمكين، والخلاف في الاسْتِرْدَادِ ها هنا قريب من وَجْهَيْنِ ذُكِرَا فيما إذا سَلَّمَ مَهْرَ الصغيرة التي لا تَصْلُحُ لِلْجِمَاعِ إما عالماً[١] بحالها، أو غَيْرَ عَالِمٍ وقلنا بالصحيح، وهو أنه لا يَجِبُ تَسْلِيمُ مَهْرِهَا، هل له الاسترداد؟.

وإن اسْتَمْهَلَتْ بعد تسليمه الصَّدَاقِ أُمْهِلَتْ لِتَتَهَيَّأَ بالتَّنْظِيف والاسْتِحْدَادِ، وإزالة الأَوْسَاخِ على ما يراه الحَاكِمُ من يوم أو يومين[٢]، وغَايَةُ المُهْلَةِ ثَلاَثَةُ أيام وقضية لفظ «الوسيط» إِثْبَاتُ خِلاَفٍ في أنه تُمْهَلُ بِقَدْرِ ما تَتَهَيَّأُ به أو ثلاثة أيام؟.

والأشبه خِلاَفُهُ، ثم المَفْهُومُ من كلام الأكثرين أنه لاَ بُدَّ من الإِمْهَالِ إذا اسْتَمْهَلَتْ.

وفي «العدة» أن هذا الإِمْهَالَ غير وَاجِبٍ، وفي أصل الإِمْهَالِ قَوْلٌ آخر مَنْقُولٌ عن «الإملاء»، كما أن أحد المُتَبَايِعَيْنِ إذا سَلَّمَ ما عنده يُطَالب بالعِوَضِ، بلا مُهْلَةٍ، والأظهر الأول ومنهم من قَطَعَ به، ولا تُمْهَلُ لِتَهْيِئَةِ الجهَازِ، ولا لانتظار السِّمَنِ، ونحوهما من الأَغْرَاضِ، ولا بسبب الحَيْضِ[٣] والنِّفَاسِ، بل تُسَلِّمَ النَّفْسَ لسائر الاستمتاعات كالرَّتْقَاءِ والقَرْنَاءِ.

وإن كانت صَغِيرَةً لا تحتمل الجِمَاعَ، أو كان بها مَرَضٌ، أو هُزَالٌ تَتَضَرَّرُ بالوَطْءِ معه، فَتُمْهَلُ إلى زَوَالِ المانع، ويُكْرَهُ للولي أن يُسَلِّمَ مِثْلَ هذه الصغيرة، ولا يجوز لِلزَّوْجِ وَطْؤُهَا إلى أن تَصِيرَ مُحْتَمِلَةً له، ولو قال الزوج: سَلِّمُوا إِلَى الصَّغِيرَةَ والمريضة، ولاَ أَقْرَبُهَا إلى أن يَزُولَ ما بها. قال في «التهذيب»: يُجَابُ إليه في المَرِيضَةِ، ولا يُجَابُ في الصغيرة؛ لأن الأَقَارِبَ أَوْلَى بالحَضَانَةِ قال وفي «الوسيط» أنه لا يُجَابُ في الصورتين[٤]؛ لأنه ربما لا يَفِي، فَتَتَضَرَّرَانِ، بخلاف الحَائِضِ، فإنها لا تَضَرَّرُ.

وله أن يَمْتَنِعَ من تسلم الصغيرة[٥]، فإن نَكَحَ للاستمتاع لا لِلْحَضَانَةِ، وفي

---

(١) في ب: علماً.

(٢) سواء أكانت طاهراً أم حائضاً أم نفساء.

(٣) أي لا تمهل بسبب الحيض، خص في التتمة المنع بما إذا زادت مدة الحيض على ثلاثة أيام، قال: فإن كانت لا تزيد عليها أمهلت. وجرى عليه الرافعي في الشرح الصغير.

(٤) لم يرجح الشيخ شيئاً.
قال في الخادم: والراجح الثاني، وبه أجاب الإمام والمتولي وصاحب الذخائر وهو قضية كلام العراقيين ونص المختصر والخلاف قيد لا بدّ منه، وهو أن يكون ثقة أميناً وإلا لم يجب بلا خلاف. وقد صرح بهذا التقييد الصيدلاني في شرح المختصر.

(٥) ذكر في الخادم أنه وقع في الشرح والروضة تسليم بكسر اللام بعدها ياء، والصواب تسلم بضم اللام.

المَرِيضَةِ وجهان، قال في «الشامل»: الأَقْيَسُ أنه ليس له الامْتِنَاعُ، كما ليس له أن يُخْرِجَهَا من داره، إذا مرضت، وإذا تسلمها فعليه النَّفَقَةُ لا كالصَّغِيرَةِ، فإن المَرَضَ عَارِضٌ[1] متوقع الزوال.

ولو كانت المَرْأَةُ نَحِيفَةً بالجِبِلَّةِ، فليس لها أن تَمْتَنِعَ لهذا العُذْرِ، لأنه ليس شيئاً مُتَوَقَّعَ الزَّوَالِ، فكانت كالرَّتْقَاءِ، ثم إن كانت تَخَافُ الإِفْضَاءَ لو وُطِئَت لعَبَالَةِ الزوج، فليس عليها التَّمْكِينُ من الوَطْءِ.

قال الأئمة: وليس له الفَسْخُ، بخلاف الرَّتْقِ، فإنه يمنع الوطء مُطْلَقاً، والنَّحَافَةُ لا تمنع وَطْءَ نَحِيفٍ مثلها، وليس ذلك بِعَيْبٍ أيضاً.

وفي الكتاب ما يُخَالِفُ هذا في باب الدِّيَاتِ، وإذا وَطِىءَ الرجل امْرَأَتَهُ، فَأَفْضَاهَا، فالقول في الدِّيَةِ مَذْكُورٌ في الدِّيَاتِ، وليس له أن يَعُودَ إلى وَطْئِهَا، حتى تبرأ البرء الذي إن عاد لم يَنْكَأْها هذا لفظ الشافعي يقال نكأت القرحة أي: خَدَشْتُهَا وأَدْمَيْتُهَا وإن اختلفا في حُصُولِ هذا البُرْءِ وأنكرت هي، قال الشَّافِعِيّ رضي الله عنه: القول قَوْلُهَا.

وفي «التتمة» أن موضع النَّصِّ ما إذا سَلَّمَتْ انْدِمَالَ ظَاهِرِ الجُرْحِ، وادَّعَتْ بَقَاءَ الأَلَمِ، فتحلف وتصدق، لأن ذلك لا يعرف إلا منها، أما إذا ادَّعَتْ بَقَاءَ الجُرْحِ، وأنكَرت أَصْلَ الانْدِمَالِ، فتعرض على أربع نِسْوَةٍ ثِقَاتٍ، ويعمل بقولهن.

ومنهم من حَمَلَ النَّصَّ على ما إذا لم يَمْضِ من الزَّمَانِ ما يقلب فيه البُرْء فإن مضى رَاجَعْنَا النِّسْوَةَ ومنهم من أَطْلَقَ القَوْلَ بِمُرَاجَعَتِهِنَّ عند الاختلاف، وعلى هذا فَصُورَةُ النَّصِّ ما إذا لم يكن هُنَاكَ نِسْوَةٌ ثِقَاتٌ، وقوله «في الكتاب»: «نعم لو رجعت إلى الامتناع سَقَطَ طَلَبُهَا» أي: الطلب الثَّابِتُ على جميع الأَقْوَالِ، ويصير الحكم كما كان قبل التمكين.

وقوله: «إلاَّ إذا وَطِئَهَا فإن المَهْرَ يستقر بوَطْأَةٍ واحدة» يعني إذا جرى الوَطْءُ يَسْتَقِرُّ المَهْرُ، فيستمر الطلب وإن فُرِضَ منها امْتِنَاعٌ بعد ذلك. وقوله: «وليس لها بعد الوَطْءِ حَبْسُ نفسها» مُعَلَّمٌ بالحاء والواو وقوله: «إذا بَطَلَ حقها بالتمكين من وَطْءٍ» وَاحِدٍ ليس بِتَوْجِيهٍ مقيد، فإن من يقول: لها الحَبْسُ بعد الوَطْءِ مُحَالٌ أن يسلم ببطلان حَقِّ الحبس من الوَطْءِ.

«فروع»

عن «مُجَرَّدِ» الحناطي إذا اختلف الزَّوْجُ، وأبو الزوجة، فقال أحدهما: إنها صَغِيرَةٌ

---

(١) في ب: عذر عارض.

لا تَحْتَمِلُ الجِمَاعَ، وقال الآخر: تحتمله، ففي وَجْهٍ: القول قَوْلُ من ينكح الاحْتِمَالَ، وفي وجه ترى أربع نِسْوَةٍ، أو رَجُلَيْنِ من المَحَارِمِ[1].

ولو قال الرجل: امْرَأَتِي حَيَّةٌ، وطلب تسليمها، وقال الأب: بل مَاتَتْ، فالقول قول الزوج، ولو تَزَوَّجَ رجل بـ «بغداد» امرأة بـ «الكوفة» وجرى العَقْدُ بـ «بغداد» فالاعْتِبَارُ بموضع العَقْدِ فتسلم نفسها بـ «بغداد» ولا نَفَقَةَ لها قبل أن يحصل بـ «بغداد» ولو خرج الزَّوْجُ إلى «المَوْصِلِ» وَبَعَثَ إليها من يجيء بها من «الكوفة» إلى «المَوْصِلِ» فنفقتها من «بغداد» إلى «الموصل» على الزوج والله أعلم.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **(الحُكْمُ الثَّالِثُ: التَّقْرِيرُ) وَلاَ يَتَقَرَّرُ كَمَالُ المَهْرِ إِلاَّ بِالوَطْءِ أَوْ بِمَوْتِ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ، وَلاَ يَتَقَرَّرُ بِالخَلْوَةِ عَلَى القَوْلِ الجَدِيدِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: المَهْرُ الواجب بالنِّكَاحِ، أو القرض يَسْتَقِرّ بطريقين:

إحداهما: الوَطْءَ وإن كان حَرَاماً لوقوعه في الحَيْضِ والإِحرام[2]؛ لأن الوَطْءَ بالشُّبْهَةِ يوجب المَهْرَ ابْتَدَاء، فالوطء في النكاح أَوْلَى أن يقرر المَهْر الواجب، وتكفي الوَطْئَةُ الواحدة للتقرير.

والثاني: الموت، فإذا مات أَحَدُ الزوجين، فالواجب كَمَالُ المَهْرِ؛ لأن المَوْتَ لا يُبْطِلُ النِّكَاحَ، بدليل أنهما يَتَوَارَثَانِ، وإذا لم يبطل النكاح بالموت، ولم يَبْقَ كان الموت نِهَايَةً له، وانْتِهَاءُ العَقْدِ كاستيفاء المعقود عليه، بدليل الإِجَارَةِ، ثم حَكَى أبو سَعْدٍ المُتَوَلِّي وجهين في أَنَّا هل نُطْلِقُ القول بأن المَهْرَ يَتَقَرَّرُ بالموت؟ فمن قائل: لا؛ لأن التقرر إنما يحسن إِطْلاَقُهُ إذا كان يتوقع وُجُود المسقط، ولا يتأثر المَهْرُ به، وبعد الموت لا يَتَوَقَّعُ وُجُودُ المسقط، وهو الطَّلاَقُ والرِّدَّةُ، ومن قائل: نعم؛ إِلْحَاقاً لانْتِهَاءِ العَقْدِ باستيفاء المَعْقُودِ عليه، وهذا ما أَطْلَقَهُ صاحب الكتاب ولمن قال به أن يقول ليس المُسْقِطُ مُطْلَقَ الطَّلاَقِ والردة، بل يشترط وقوعهما قبل الدخول، وأنه لا يُتَصَوَّرُ حُصُولُهُ

---

(١) قال النووي: أصحهما: الثاني.

(٢) في ب: الزوج.

(٣) القول قول الزوج في الوطء بيمينه.
فإن قيل: لا بدّ في الاستقرار مع الوطء من قبض العين؛ لأن المشهور أن الصداق قبل القبض مضمون ضمان عقد كالمبيع.
فكما قالوا: إن المبيع قبل القبض غير مستقر، وإن كان الثمن قد قبض، فكذلك الصداق.
أجيب بأن المراد بلا استقرار هنا الأمن من سقوط كل المهر أو بعضه بالتشطير، وفي البيع الأمن من الانفساخ، والمبيع إذا تلف قبل القبض انفسخ البيع، والصداق المعين إذا تلف قبل القبض لم يسقط المهر، بل يجب بدل البضع وهو مهر المثل على ضمان العقد وبدل العين على ضمان اليد فافترق البابان.

بعد الدخول، كما لا يُتَصَوَّرُ بعد الموت، ثم ذكر المُتَوَلِّي أن فَائِدَةَ الخلاف تَظْهَرُ في المُفَوَّضَةِ إذا مات زوجها، إن قلنا: إن الموت مقرر، فتستحق مَهْرَ المِثْلِ، وإلا فلا، وليس لهذا البِنَاءِ وضُوحٌ، فإن التقرير إنما[1] يُطْلَقُ عند سَبْقِ الواجب، فلا يلزم من كون المَوْتِ مُقَرِّراً وُجُوبُ المَهْرِ في صورة التفويض، إذا لم يكن هناك وُجُوبٌ سابق.

واعلم أن القول بأن مَوْتَ أحد الزوجين مُقَرِّرٌ للمهر، وإن كان مُطْلقاً لكن صورة قَتْلِ السَّيِّدِ الأَمَةَ مُسْتَثْنَاةٌ منه على الظاهر.

ومنهم من أَلْحَقَ بهذه الصُّورَةِ غيرها على ما بَيَّنَاهُ في موضعه[2].

وأما الخَلْوَةُ بلا وَطْءٍ، فالقول الجَدِيدُ أنها لا تُؤَثِّرُ في المَهْرِ حتى لو طَلَّقَهَا بعد جَرَيَانِ الخَلْوَةِ لم يجب إلا نِصْفُ المَهْرِ؛ لقوله تعالى: **﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾** ولا مَسِيسَ، ويروى عن ابْنِ مَسْعُودٍ، وابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أنهما قالا: «ليس لهذه إلا نِصْفُ الصَّدَاقِ».

وعلى هذا القول لو اتَّفَقَا على الخَلْوَةِ وادَّعَتِ المَرْأَةُ الإِصَابَةَ لم يَتَرَجَّحْ جانبها بِالخَلْوَةِ، ويكون القول قَوْلَهُ مع يمينه.

وعلى القديم الخَلْوَةُ مُؤَثِّرَةٌ، وفي أَثَرِهَا قولان:

أحدهما: تصديق[3] المَرْأَةِ إذا ادَّعَتِ الإِصَابَةَ، ولا يتقرر المَهْرُ بمجردها وبهذا قال مالك ـ رضي الله عنه ـ، إلا أنه يُرْوَى عنه أن المَرْأَةَ إنما تُصَدَّقُ بيمينها إذا جرت الخَلْوَةُ في دَارِهِ، أو جرت في دَارِهَا، وطال الزَّمَانُ دون ما إذا جرت في دارها، ولم يَطُلِ الزَّمَانُ، وعندنا لا فَرْقَ على هذا القول.

وأظهرهما: أنها كالوَطْءِ في تقرير المَهْرِ، وكذا في إيجاب العِدَّةِ، وبه قال أبو حَنِيفَةَ، وأحمد ـ رضي الله عنهما ـ لما رُوِيَ عن عمر، وعلي ـ رضي الله عنهما ـ أنهما قالا: «إذا أَغْلَقَ باباً وأَرْخَى سِتْراً فلها الصَّدَاقُ كَامِلاً، وعليها العِدَّةُ» وعلى هذا ففي الرَّجْعَةِ وجهان:

أظهرهما: ثبوتها أيضاً.

والثاني: المَنْعُ، وبه قال أبو حَنِيفَةَ، وهل يشترط في تقرير الخَلْوَة المَهْرَ أَلاَّ يَكُونَ

---

(١) في ب: التفريط بها.

(٢) خرج بالوطء والموت وغيرهما فلا يستقر فيما دون الفرج، ولا باستدخال مني، ولا بإزالة بكارة بغير آلة الجماع كما سيشير المصنف.

(٣) في ب: أن أثرها لصديق.

هناك مَانِعٌ شَرْعِيٌّ كالصَّوْمِ والحَيْضِ والإِحْرَامِ. أما عند أبي حنيفة فَيُشْتَرَطُ، ومن الأصحاب من وَافَقَهُ تفْرِيعاً على القديم، والمذكور في «التتمة» أنه لا يشترط، ويقرر المَهْرُ، كما إذا اسْتَأْجَرَ دَاراً إِجَارَةً فَاسِدَةً، وقبضها يلزمه أُجْرَةُ المِثْلِ، وإن لم يسكنها.

ولو كان هناك مَانِعٌ حِسِيٌّ كالرَّتْقِ والقَرَنِ منها، والجَبِّ والعُنَّةِ منه، لم يَتَقَرَّرِ المَهرِ، ويخالف أبو حنيفة في الجَبِّ والعُنَّةِ وإذا قلنا: إن مجرد الخَلْوَةِ لا يُقَرِّرُ المَهْرَ ففي الوطء فيما دون الفَرْجِ وَجْهَانِ؛ بناءً على القولين في أنه هل تحرم الرَّبِيبَةُ وهل تَثْبُتُ حُرْمَةُ المُصَاهَرَةِ، وقد بيناهما في موضعهما.

البَابُ الثَّانِي فِي الصَّدَاقِ الفَاسِدِ

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَلِفَسَادِهِ سِتَّةُ مَدَارِك: (الأَوَّلُ): أَنْ لاَ يَقْبَلَ المِلْكَ كَالحُرِّ وَالخَمْرِ وَالخِنْزِيرِ وَالغَصْبِ وَذَلِكَ يُوجِبُ الرُّجُوعَ إِلَى مَهرِ المِثْلِ عَلَى قَوْلٍ، وَإِلَى قِيمَةِ المَذْكُورِ عَلَى قَوْلٍ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: غرض الباب بَيَانُ جِهَاتِ الفَسَادِ في الصَّدَاقِ، ورتبها في الكتاب على سِتَّةِ أنواع:[1]

أحدها: ألا يكون المَذْكُورُ مَالاً كما لو سَمَّيَا خَمْراً، أو خِنْزِيراً، أو حُرّاً، وهذا قد انْدَرَجَ في تَضَاعِيفِ الكَلاَمِ عند توجيه قَوْلِ ضَمَانِ العَقْدِ واليد، ولو أَصْدَقَهَا عبداً أو ثَوْباً، فخرج مَغْصُوباً، فالواجب مَهْرُ المِثْلِ في أصح القولين، وقيمة ذلك العبد في الثَّانِي، ولا يحتاج ها هنا إلى تَقْرِيرِ تُبْدِيلِ الصِّفَةِ والخِلْقَةِ وعند أبي حنيفة الوَاجِبُ ها هنا القِيمَةُ على خِلاَفِ ما حكينا عنه فيما إذا خرج حُرّاً، ولو أَصْدَقَهَا عَبْدَيْنِ، فخرج أحدهما حُرّاً، أو مَغْصُوباً، أو ثوبين فخرج أحدهما مَغْصُوباً بَطَلَ الصَّدَاقُ في الحُرِّ والمغصوب، وفي الآخر قَوْلاَ تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ، فإن لم نصحح فيه أيضاً فلها مَهْرُ المِثْلِ، أو قيمتهما جميعاً؟ فيه القولان.

وإن قلنا: يصح، فلها الخِيَارُ لأن المُسَمَّى بِتَمَامِهِ لم يسلم لها، فإن فسخت فعلى القولين، وإن أَجَازَتْ فقولان:

أحدهما: أنها تَرْضَى بالآخر صَدَاقاً، ولا شَيْءَ لها غيره.

---

(١) قال الشيخ البلقيني: بقي سبب سابع وهو أن تصدق المحجور عليها ما لا يبقى في ملكها كأبيها أو أمها، وقال أيضاً: ومن جملة الأسباب أن يكون مجهولاً أو يكون ردّ لها عبدها الأبق أو جملها الشارد، ومكانهما غير معروف. نص عليه في الأم.

وأظهرهما: أنه لا يَلْزَمُهَا أن تَقْنَعَ به، بل تأخذ معه حِصَّةَ المغْصُوبِ من مَهْرِ المِثْلِ إذا وَزَّعْنَاهُ على القيمتين في أحد القولين، وقيمته في القول الثاني.

وعند أبي حَنِيفَةَ إذا خرج أحدهما حراً فلا شَيْءَ لها، إلا العَبْد الثاني، وإن خرج مَغْصُوباً، فلها قِيمَةُ المَغْصُوبِ معه.

«فروع»

لو أَصْدَقَهَا عَبْداً أو ثَوْباً، ولم تَصِفْهُ، بل أَطْلَق، فالتسمية فَاسِدَةٌ، والواجب مَهْرُ المِثْلِ، كما لو أَصْدَقَهَا ثَوْباً أو دَابَّةً وأطلق.

وقال أبو حَنِيفَةَ ومالك وأحمد رضي الله عنهم يصح، ويجب عَبْدٌ وَسَطٌ، وإن وصَفَ العَبْدَ والثَّوْبَ، صَحَّتِ التسمية، ووجب المُسَمَّى.

وعن أبي حَنِيفَةَ، وأحمد أنه بالخِيَارِ بين أن يُسَلِّمَ العَبْدَ المَوْصُوفَ، أو قِيمَتَهُ؛ لأن الحيوان لا يثبت في الذِّمَّةِ ثُبُوتاً صَحِيحاً، فيتخير من عليه بينه وبين بَدَلِهِ، كما في الدِّيَةِ.

قال الأصحاب: هذا مَمْنُوعٌ في الدِّيَةِ أيضاً على القول الجديد.

وعن أبي حنيفة في الثَّوْبِ المَوْصُوفِ اخْتِلاَفُ رواية أنه يجب تَسْلِيمُهُ، أو يكون كالعَبْدِ، وإذا جرت تَسْمِيَةٌ فَاسِدَةٌ فالواجب مَهْرُ المِثْلِ بَالِغاً ما بلغ.

وعند أبي حَنِيفَةَ الوَاجِبُ الأَقَلُّ من المسمى ومهر المثل.

وقوله في الكتاب: «ألا يقبل الملك» هذا إن جَرَى على إِطْلاَقِهِ في الحر والخَمْرِ والخِنْزِيرِ، ولا يجري في المَغْصُوبِ، فإنه مَمْلُوكٌ، وكان المراد ألا يقبل تَمْلِيك هذا الشَّخْصِ، وقوله: «يوجب الرُّجُوعَ إِلى مَهْرِ المِثْلِ» وقوله: و «إلى قيمة المذكور» يمكن أن يُعَلَّمَا بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة الوَاجِب في المغصوب القِيمَةُ، فيما إذا خَرَجَ حُرّاً مَهْرُ المِثْلِ، والقولان مُطْلَقَانِ في الصور جميعاً، وقد أطلق في الصور وُجُوبَ القِيمَةِ على هذا القول، لكنه لا يعم الصُّوَرَ، بل في صورة الخَمْرِ تقدر هي عصيراً ويجب مِثْلُهُ، كما سبق.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الثَّانِي: الشَّرْطُ) وَلاَ يَفْسَدُ النِّكَاحُ بِشَرْطٍ لاَ يُخِلُّ بِمَقْصُودِهِ كَشَرْطِ أَنْ لاَ يَتَسَرَّى عَلَيْهَا أَوْ لاَ يَمْنَعَهَا مِنَ الخُرُوجِ أَوْ لاَ يَجْمَعَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ ضَرَّاتِهَا فِي مَسْكَنٍ أَوْ لاَ يَقْسِمَ لَهَا أَوْ لاَ يُنْفِقَ عَلَيْهَا، وَيَفْسَد بُكُلِّ مَا يُخِلُّ بِمَقْصُودِهِ كَشَرْطِ الطَّلاَقِ وَتَرْكِ الوَطْءِ إِلاَّ عَلَى وَجْهٍ بَعِيدٍ، وَإِذَا لَمْ يَفْسَد بِالشُّرُوطِ فَسَدَ الصَّدَاقُ؛ لأَنَّ المَشْرُوطَ كَالعِوَضِ المُضَافِ إِلَى الصَّدَاقِ وَيَتَعَذَّرُ الرُّجُوعُ إِلَى قِيمَةِ المَشْرُوطِ فَيَتَعَيَّنُ الرُّجُوعُ إِلَى مَهرِ المِثْلِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الشرط في النِّكَاحِ إن لم يَتَعَلَّقْ به غَرَضٌ، فهو لَغْوٌ مَحْضٌ على ما مر في البيع فإن تعلق به غرض، فإما ألا يُخَالِفَ مُوجِبَ النِّكَاحِ، فلا يُؤَثِّرُ ذِكْرُهُ في النكاح، ولا في الصَّدَاقِ، وهو كما إذا شرط أن يُقْسِمَ لها، أو أن يُنْفِقَ عليها، أو يَتَسَرَّى أو يَتَزَوَّجَ عليها إن شاء، أو يُسَافِرَ بها أو لا تَخْرُجَ إلا بِإذْنِهِ وإما أن يخالف موجبه، فهو على ضربين:

أحدهما: ما لا يُخِلُّ بالمَقْصُودِ الأصلي من النكاح، فيفسد الشَّرْطُ سَوَاءٍ كان لها، كما إذا شرط ألا يَتَزَوَّجَ عليها، أو لا يَتَسَرَّى، أو لا يُطَلِّقَهَا، أو لا يُسَافِرَ بها، أو تخرج متى شَاءَتْ، أو يُطَلِّقَ ضَرَّاتِهَا، أو كان عليها كما إذا شَرَطَ ألا يقسم لها، أو يجمع بين ضَرَّاتِهَا وبينها من المَسْكَنِ، أو لا ينفق عليها.

وقال أبو حنيفة وأحمد: إذا شَرَطَ ما يَنْفَعُهَا صَحَّ الشَّرْطُ، فإن لم يَفِ، فلها الخِيَارُ، واحتج الأصحاب بما روي أنه ـ صَلَّى الله عليه وسلَّم ـ قال: «كُلُّ شَرْطٍ ليس في كتاب الله فهو بَاطِلٌ» ثم فَسَادُ الشَّرْطِ لا يؤثر في النكاح؛ لأن فَسَادَ العِوَضِ لا يؤثر فيه، ففساد الشرط أَوْلَى، هذا هو الصحيح.

وحكى الحناطي وَجْهاً آخر، وقَوْلاً أنه يَبْطُلُ النِّكَاحُ، وسيجيء من بعد ما يُوَافِقُهُ، وأما الصَّدَاقُ فإنه يَتَأَثَّرُ بالشرط الفاسد، ويكون الواجب مَهْرَ المِثْلِ، لأنه إن كان الشَّرْطُ لها، فإنما رَضِيَتْ بالمُسَمَّى مع ذلك الرفق وإن كان عليها، وإنما رضي الزَّوْجُ بِبَدَلِ المُسَمَّى ليحصل له ذلك الرِّفْقُ مع البُضْعِ، فإذا فسد الشرط، وليس له قِيمَةٌ يرجع إليها، وَجَبَ الرجوع إلى مَهْرِ المِثْلِ، ولا فَرْقَ بين يَزِيدَ على مَهْرِ المِثْلِ، أو ينقص أو لا يزيد ولا يَنْقُص.

وعن ابن خَيْرَانَ أنه إن زَادَ، والشرط لها، فالوَاجِبُ المُسَمَّى، لأنه قد رَضِيَ بِبَدَلِهِ، مع المُسَامَحَةِ بترك حَقٍّ، فإذا لم تلزم المُسَامَحَةُ كان أَوْلَى بالرِّضَا، وكذلك إن نَقَصَ، والشرط عليها[1]؛ لأنها قد رَضِيَتْ بذلك القَدْرِ مع تَرْكِ حَقٍّ لها، فدونه أَوْلَى.

ومنهم من جَعَلَ هذا قَوْلاً مُخَرَّجاً، وفي كتاب الحناطِيِّ وَجْهٌ مطلق أن الوَاجِبَ في صُورَةِ الشرط الفاسد أَقَلُّ الأمرين من المُسَمَّى، ومَهْرِ المِثْلِ، ووجه آخر أن الشَّرْطَ لا يُؤَثِّرُ في الصَّدَاقِ، كم لا يُؤَثِّرُ في النِّكَاحِ.

---

(١) قال الشيخ البلقيني: قوله عن ابن خيران أن زاد إلى آخره وَهْمٌ، ففاعل زاد ضمير يعود على مهر المثل لأنه قال في مبدأ كلامه ويجب مهر المثل سواء زاد على المسمى أم نقص أم ساواه، وإذا كان مهر المثل زائداً على المسمى، والشرط لها فهي إنما سمحت بترك تمام مهر المثل ليحصل لها الشرط ولم يحصل فيجب حينئذٍ مهر المثل.

والضرب الثاني: ما يُخِلُّ بمقصود النِّكَاحِ، كما لو نَكَحَهَا بِشَرْطِ أن يُطَلِّقَهَا، أو بشرط ألا يَطَأَهَا، والكلام في الصُّورَتَيْنِ قد مَرَّ في فَصْلِ التحليل، فإن صَحَّحْنَا النِّكَاحَ أَثَّرَ الشرط في الصَّدَاقِ، كسائر الشُّرُوطِ الفاسدة.

وقوله في الكتاب: «ولا يَفْسَدُ النِّكَاحُ» يجوز إِعْلاَمُهُ بالواو.

وقوله: «كشرطه ألا يَتَسَرَّى عليها، أو لا يمنعها من الخُرُوجِ» الشرط في هَاتَيْنِ الصورتين لها. وقوله: «أو يجمع بينها وبين ضَرَّاتِهَا في مَسْكَنٍ واحد، أو لا يقسم لها» الشرط في هاتين الصورتين عليها، فتعرض لكل واحد من الطَّرَفَيْنِ.

وقوله: «إلا على وَجْهٍ بَعِيدٍ» يعني في المسألتين شرط الطَّلاَقِ، وشرط ترك الوَطْءِ، والخِلاَفُ في مسألة الطَّلاَقِ مَشْهُورٌ بالقولين، دون الوجهين، على ما ذكرنا هناك، والقول بالتَّصْحِيحِ في شَرْطِ الطَّلاَقِ بَعِيدٌ، كما ذكرنا، وأما في مسألة تَرْكِ الوَطْءِ، فالأظهر عند الأَصْحَابِ الفَرْقُ بين أن يَشْتَرِطَ الزَّوْجُ، وبين أن تشترط الزَّوْجَةُ، فيرجع الخِلاَفُ في المسألة، ويجوز أن يُعَلِّمَ لذلك قوله: «إلا على وَجْهٍ بَعِيدٍ» بالواو، وأيضاً فقد تَقَدَّمَ أن في شَرْطِ الطَّلاَقِ طريقة أخرى قَاطِعَةٌ بِبُطْلاَنِ النكاح، ويجوز إِعْلاَمُ قوله: «فسد الصَّدَاقُ» بالواو أيضاً، وقوله: «لأن المَشْرُوطَ كالعِوَضِ المُضَافِ إلى الصداق» هذه اللَّفْظَةُ إنما تَنْطَبِقُ على أحد الطرفين، وهو أن يكون المَشْرُوطُ شَيْئاً يَنْفَعُهَا، دون ما إذا كان المشروط مما يَضُرُّهَا.

«فروع»

لو نَكَحَهَا على أَلْفٍ إن لم يُخْرِجْهَا عن البَلَدِ، وعلى أَلْفين إن أخرجها عن البلد، فالصَّدَاقُ فَاسِدٌ، أخرجها أو لم يخرجها، والواجب مَهْرُ المِثْلِ.

وعن أبي حنيفة إِنْ وَفَّى بالمَشْرُوطِ، فالواجب المُسَمَّى، وإلا فَمَهْرُ المثل، وأَوْرَدَ الحناطي أنه لو نَكَحَهَا على ألا يَرِثَ منها، أو لا تَرِثَ منه، أو لا يَتَوَارَثَانِ، أو على أن النَّفَقَةَ على غَيْرِ الزوج، يبطل النِّكَاحُ، وفي قول: يَصِحُّ النكاح، ويبطل الشرط[1] وأنه لو زَوَّجَ أَمَتَهُ من عَبْدِ غيره، بشرط ألاَّ يكون الأولاد بين السَّيِّدَيْنِ، يصح النِّكَاحُ، ويبطل الشرط، ذكره في «الإملاء». وفي قول: «يبطل النِّكَاحُ».

---

(١) شرط نفي الإرث ينبغي أن يكون محله في غير الذمية والأمة، وإلا فلو تزوج كتابية أو أمة على ألا يرثها فإن أراد ما دام المانع قائماً فالنكاح صحيح؛ لأنه تصريح بمقتضى العقد، وإن أراد مطلقاً، فباطل لمخالفته لمقتضى النكاح وإن أطلق فيحتمل الصحة؛ لأن الأصل دوام المانع، ويحتمل البطلان تنزيلاً للمطلق على أن لا تفضيل قاله في الخادم.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَلَوْ شَرطَ الخِيَارُ فِي الصَّدَاقِ ثَبَتَ عَلَى قَول، وَفَسَدَ النِّكَاحُ عَلَى قَوْلٍ، وَفَسَدَ فِي نَفْسِهِ دُونَ النِّكَاحِ عَلَى قَوْلٍ، وَلَوْ قَالَ: نَكَحْتُهَا بِأَلْفٍ عَلَى أَنَّ لأَبِيهَا أَلْفان فَسَدَ الصَّدَاقُ لأَنَّهُ أَضَافَ إِلَى الأَبِ اسْتِحْقَاقَ أَلْفٍ سِوَى الصَّدَاقِ، وَلَوْ قَالَ: نَكَحْتُهَا بِأَلْفٍ عَلَى أَنْ أُعْطِيَ أَبَاهَا أَلْفاً صَحَّ الصَّدَاقُ وَمَعْنَاهُ: نَكَحتُ بِأَلْفَيْنِ أُعْطِي أَبَاهَا بِطَرِيقِ النِّيَابَةِ عَنْهَا، وَقِيلَ: إِنَّ هَذَا أَيْضاً فَاسِدٌ لأَنَّ اللَّفْظَ يُنْبِىءُ عَنِ الوِكَالَةِ فِي الأَدَاءِ بَلْ عَنْ شَرْطِ الإِعْطَاءِ، وَقِيلَ: فِي المَسْأَلَتَيْنِ قَوْلاَنِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: والفصل يشتمل على مسألتين:

إحداهما: شرط الخِيَارِ في النكاح يُفسِدُ النِّكَاحَ[1]، خلافاً لأبي حَنِيفَةَ، حيث قال: يَصِحُّ النِّكَاحُ، ويلغو الشَّرْطُ.

لنا: أنه عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ لا يثبت فيه خِيَارُ الشرط، فيفسد بشرط الخِيَارِ، كالصَّرْفِ، وأما شرط الخيار في الصَّدَاقِ، ففي بُطْلاَنِ النكاح به قولان:

أحدهما: وَيُنْسَبُ إلى القديم و «الإملاء» أنه يَبْطُلُ، وفي سببه وجهان:

أحدهما: أن سَبَبَهُ فَسَادُ الشرط، وتأثيره في فَسَادِ العِوَضِ، وهذا القائل يقول بِفَسَادِ النِّكَاحِ في جميع الشروط الفاسدة، والأعواض الفاسدة.

والثاني: أن سَبَبَ الفَسَادِ أحد العِوَضَيْنِ، والخِيَارُ في أحد العِوَضَيْنِ يَتَدَاعَى إلى الثاني، فكأنه شَرَطَ الخِيَارَ في المَنْكُوحَةِ.

وأصحهما: صِحَّةُ النِّكَاحِ، كما ذكرنا في سائر الشروط الفَاسِدَةِ، وعلى هذا ففي صِحَّةِ المُسَمَّى قولان:

أحدهما: عن رواية ابن أبي هُرَيْرَةَ وغيره أنه يَصِحُّ؛ لأن الصَّدَاقَ عَقْدٌ يَسْتَقِلُّ بنفسه، والمقصود منه المَالُ، فلا يَفْسَدُ بشرط الخيار، كالبيع.

وأصحهما: أنه يَفْسَدُ، ويجب مَهْرُ المثل؛ لأن الصَّدَاقَ لا يَتَمَحَّضُ عِوَضاً، بل فيه معنى النِّحْلَةِ، فلا يليق به الخِيَارُ، والمرأة لم تَرْضَ بالمُسَمَّى إلا بِشَرْطِ الخيار، فإن قلنا بالصحة ففي ثُبُوتِ الخيار وجهان:

---

(١) لأن النكاح مبناه على اللزوم، فشرط ما يخالف قضية يمنع الصحة، فإن شرط ذلك على تقدير عيب مثبت للخيار.
قال الزركشي: ينبغي أن يصح لأنه تصريح بمقتضى العقد.
قال في مغني المحتاج: وهو مخالف لإطلاق كلام الأصحاب.

أصحهما: الثُّبُوتُ، وبه قال أبو حنيفة، كما حُكِيَ عن نَصِّهِ أنه لو أَصْدَقَهَا عَيْناً غَائبة، يصح، ويثبت لها خِيَارُ الرُّؤْيَةِ، فعلى هذا إن أَجَازَتْ فذاك، وإن فَسَخَتْ رجعت إلى مَهْرِ المِثْلِ.

والثاني: المنع؛ لأن النِّكَاحَ لا يَلِيقُ به الخِيَارُ، فينزل سُقُوطُهُ شَرْعاً مَنْزِلَةَ إِسْقَاطِ الخيار في البَيْعِ، ويخرج من هذا التَّفْصِيل[1] إذا اخْتُصِرَ ثَلاَثَةُ أقوال، كما في الكتاب، وإذا أَثْبَتْنَا الخِيَارَ في الصَّدَاقِ، ففي ثبوت خِيَارِ المجلس وجهان، نقلهما الشيخ أبو الفَرَجِ.

الثانية: نقل المُزَنِيُّ في «المختصر» أنه إذا عَقَدَ النِّكَاحَ بألف، على أن لأبيها ألفاً، فَسَدَ الصَّدَاقُ، وأنه إذا نَكَحَهَا على أَلْفٍ، وعلى أن يعطي أَبَاهَا أَلْفاً كان جَائِزاً، وفي النصين طُرُقٌ للأصحاب:

أحدها: أن الصَّدَاقَ فَاسِدٌ في الصورة الأولى، صَحِيحٌ في الثانية على ظَاهِرِ النص[2] والفرق أن قَوْلَهُ: «على أن لأبيها ألفاً» ظَاهِرٌ في اسْتِحْقَاقِهِ الأَلْفَ، وذلك الأَلْفُ، إما أن يكون من الصَّداقِ، فيكون هذا شَرْطُ عَقْدٍ في عَقْدٍ، فَأَشْبَهَ ما إذا قال: «بِعْتُكَ كذا على أن تَهَبَ لفلان كذا».

وأما أن يكون من الصَّدَاقِ، فيكون اشْتِرَاطِ بَعْضِ المَهْرِ لغير الزوجة، فكان كما لو شَرَطَ في البَيْعِ اسْتِحْقَاقَ بعض الثَّمَنِ، لغير البائع.

وأما في الصورة الثانية، فالمَشْرُوطُ الإِعْطَاءُ، مَعْطُوفاً على الألف الأولى، فَيُشْعِرُ بأن الصَّدَاقَ الأَلْفَانِ، والزوج نَائِبٌ عنها في دَفْعِ أحد الألفين إلى الأب، أو الأب نَائِبٌ عنها في القَبْضِ، أو أَحَالَتْ الأب عليه في أخذ الألفين.

والثاني: أنه لا فَرْقَ، ويَفْسَدُ الصَّدَاقُ بِشَرْطِ الإِعْطَاءِ فَسَادَهُ بشرط الاستحقاق؛ لأنه ليس في اللَّفْظَةِ ما يُشْعِرُ بالنِّيَابَةِ والحِوَالَةِ، ولفظ الإعطاء يقتضي الاسْتِحْقَاقَ، والتَّمْلِيكَ أيضاً؛ لأنه لو قال له «بِعْتُكَ هذا على أن تُعْطِيَنِي عَشَرَةً» صَحَّ البَيْعُ، فيكون شَرْطُ الإِعْطَاءِ كَشَرْطِ الاستحقاق، وهؤلاء اختلفوا فيما نَقَلَهُ المزني ثانياً، فمن مُغَلِّطٍ ومؤوِّل. وللتأويل وجوه:

أحدها: عن ابن خَيْرَانَ: أن الشافعي ـ رضي الله عنه ـ لم يَقُلْ: كان الصداق، وإنما قال: كان جَائِزاً.

والثاني: حَمْلُهُ على ما إذا شَرَطَ ذلك قبل العَقْدِ، ولم يَتَعَرَّضَا له في نفس العَقْدِ.

والثالث: حَمْلُهُ على ما إذا جَرَى ذِكْرُهُ وَعْداً مَضْمُوماً إلى العَقْدِ، لا شَرْطاً فيه.

---

(١) في ب: التنزيل.

(٢) في ب: النصين.

والرابع: حَمْلُهُ على ما إذا قَالَ: نَكَحْتُهَا بألفين، وشرط إِعْطَاءَ الأب أَحَدَ الأَلْفَيْنِ، أو اتَّفَقَا على إِرَادَةِ هذا المَعْنَى، واللفظ ما سبق؛ لأن الصَّدَاقَ ههنا أَلْفَانِ، والأَمْرُ في أن دَفْعَ الألف إلى الأَبِ بِمُبَاشَرَةِ الزوج أو الزوجة سَهْلٌ لا يَتَعَلَّقُ به غَرَضٌ كَبِيرٌ، ولا ينقص بسببه المَهْرُ، بخلاف ما إذا كان الصَّدَاقُ أَلْفاً، وشرط أن يُعْطِيَ أباها أَلفاً آخر، وأن الظَّاهِرَ إنما يَنْقُصُ المَهْرُ لِيَبْذُلَ هو الألف الزَّائِدَ، وإذا فَسَدَ الشَّرْطُ لا يكون الأَلْفُ مَرْضِيّاً به، فيجب الرُّجُوعُ إلى مَهْرِ المِثْلِ.

والطريق الثالث: حَكَاهُ الحناطي، وصاحب الكتاب: أن الصورتين على قَوْلَيْن.

وجه الفَسَاد ما بُيِّنَ.

ووجه الصِّحَةَ: أن الألفين ملتزمتان في مُقَابَلَةِ البُضْعِ، وهي المَالِكَةُ لِلْبُضْعِ، فتستحقها وَتَلْغُو الإِضافة إلى الأب، والقولان على ما ذكر صاحب الكتاب حَاصِلاَنِ من التَّصْرف في النصين بالنقل والتَّخْرِيج.

وحكى العَرَاقِيُّونَ من أصحابنا القَوْلَيْنِ في الصورة مَنْصُوصَيْنِ، وقالوا: حكم الثانية حُكْمُ الأُولَى فَنَسَبُوا الصِّحَّةَ إلى القديم، وبه قال مَالِكٌ.

والظاهر من الخِلاَفِ القَوْلُ بالفَسَادِ، ووجوب مَهْرِ المِثْلِ.

وإذا قلنا بالصحة، فالمَهْرُ في اللفظين أَلْفَانِ، وذكر صاحب «التهذيب» أن المراد من الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ ما إذا نَكَحَهَا بِأَلْفَينِ على أن تُعْطِيَ أباها أَلفاً، وجرى ذِكْرُ الإِعْطَاءِ على سَبِيلِ الوَعْدِ، كأنها وَعَدَتْ أن تَهَبَ أَلفاً من أبيها، أو تُوَكِّلَهُ بِقَبْضِهِ، أما إذا جَرَى على سَبِيلِ الاشْتِرَاطِ، لم يصح المسمى. وحكى وَجْهاً آخر فَارِقاً بين أن يَشْتَرِطَ الزَّوْجُ عليها، فيفسد، أو تشترط هي، فلا يَفْسَدْ.

وقوله في الكتاب: «ولو قال نَكَحْتُهَا بألف على أن [أعطي][1] أباها ألفاً لم يَدْخُلْ فيه الواو، وفي أكثر نسخ «المختصر» «وعلى أن» بالواو، وذلك أظهر؛ إِشْعَاراً بأن الصَّدَاقَ أَلْفَانِ، لما فيه من عَطْفِ إِعْطَاءِ الألف على الألف، فكأنه قال: نَكَحْتُهَا بألف وألف، وما إذا حذف الواو، كانت الصِّيغَةُ صِيغَةَ الاشْتِرَاطِ، فيكون الفَرْقُ بين الصُّورَتَيْنِ أَبْعَدَ، ثم لَفْظُ الكتاب: «على أن أُعْطِيَ أباها» فلفظ «المختصر»: «أن يعطي»، واختلفوا في قراءة اللَّفْظَةِ فمنهم من قَرَأَهَا بالياءِ، فذلك يُوَافِقُ ما في الكتاب، ومنهم من قَرَأَهَا بالتاء، أي: تعطى هي، وذكر أنها إذا قُرِئَتْ بالتاء، كان وَعْداً بِهِبَةِ أَلْفٍ منه، وإذا قُرِئَتْ بالياء كان إِنَابَةً للزوج.

---

(١) سقط في: أ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الثَّالِثُ: تفريقُ الصَّفقَةِ) فَإِنْ أَصْدَقَهَا عَبْداً يُسَاوِي أَلْفَيْنِ عَلَى أَنْ تَرُدَّ أَلفاً فَنِصْفُ العَبْدِ مَبِيعٌ وَنِصْفُهُ صَدَاقٌ وَهُمَا عَقْدَانِ مُخْتَلِفَانِ وَفِي جَمْعِهِمَا فِي صَفْقَةٍ وَاحِدَةٍ قَوْلاَنِ، فَإِنْ صَحَّحْنَاهُمَا فَلَوْ أَرَادَ إِفْرَادَ الصَّدَاقِ أَوْ المَبِيعِ بِالرَّدِّ بِالعَيْبِ جَازَ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، بِخِلاَفِ مَا لَوْ رَدَّ نِصْفَ العَبْدِ المَبِيعِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا أَصْدَقَهَا عَبْداً، على أن تَرُدَّ عليه مائة أو ألفاً[1]، وصورته أن يَقُولَ للولي: زَوِّج ابْنَتَكَ مِنِّي، وملكني كذا من مالها بولاية أو وِكَالَةٍ بهذا العَبْدِ، فَيُجِيبُهُ إليه، أو يقول الولي: زَوَّجْتُكَ بنتي، ومَلَّكْتُكَ كذا من مالها، بهذا العَبْدِ، فَيَقْبَلُ الزَّوْجُ، وهذا جَمْعٌ بين عَقْدَيْنِ مُخْتَلِفَي الحكم في صَفْقَةٍ واحدة؛ لأن بعض العَبْدِ مَبِيعٌ، وبعضه صَدَاقٌ، وفيه قولان ذكرناهما في البَيْعِ:

أصحهما: صِحَّةُ العَقْدَيْنِ، وهذا الخلاف في البَيْعِ والصَّدَاقِ، وأما النكاح، فإنه يصح لا مَحَالَةَ؛ لأنه لا يَفْسَدُ بالجَهْلِ في الصَّدَاقِ، إلاَّ على قول من خَرَّجَ أن فَسَادَ الصَّدَاقِ يُوجِبُ فَسَادَ النِّكَاحِ على ما سبق، وإن لم يَصِحَّ العَقْدَانِ، فلها مَهْرُ المِثْلِ، وإن صححناهما وَزَّعْنَا العَقْدَ علَى مَهْرِ مِثْلِهَا، وعلى الثَّمَنِ، فإذا كان مَهْرُ المثل أَلْفَ دِرْهَم، والثمن أَلفاً، والعبد يُسَاوِي أَلفين، فَنِصْفُ العَبْدِ مَبِيعٌ، ونصفه صَدَاقٌ، فإن طَلَّقَهَا الزَّوْجُ قبل الدُّخُولِ، رجع إليه نِصْفُ الصداق، وهو رُبُعُ العَبْدِ، وإن فُرِضَتْ رِدَّةٌ أو فَسْخٌ، رجع إليه جَمِيعُ الصَّدَاقِ، وهو نِصْفُ العبد، ولو تَلِفَ العَبْدِ قبل القبض تَسْتَرِدُّ الألف، ولها للصداق مَهْرُ المِثْلِ، في أصح القولين، ونِصْفُ قِيمَةِ العَبْدِ، في القول الثاني، ولو وجد الزَّوْجُ بِالثَّمَنِ الذي أخذه عَيْباً وَرَدَّهُ اسْتَرَدَّ المَبِيعَ، وهو نِصْفُ العَبْدِ، ويبقى لها النِّصْفُ الآخر، ولو وَجَدَتِ العَبْدَ مَعِيباً، فَرَدَّتْهُ اسْتَرَدَّتِ الثَّمَنَ، ويرجع الصداق إلى مَهْرِ المِثْلِ، أو نصف القيمة؟ فيه القولان.

ولو أرادت أن تَرُدَّ أَحَدَ النصفين وَحْدَهُ، فقد مَرَّ في البَيْعِ أن العَبْدَ المَبِيعَ لو خرج مَعِيباً وأراد المشتري رَدَّ بَعْضَهُ، لم يكن له ذلك، وأنه لو اشْتَرَى عَبْدَيْنِ في صَفْقَةٍ واحدة، ثم وجد بهما عَيْباً، وأراد إِفْرَادَ أَحدِهِمَا، ففيه القولان، بِنَاءً على تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ، وها هنا طريقان:

أحدهما: فيه قولان، كما في رَدِّ أحد العَبْدَيْنِ.

والثاني: القَطْعُ بالجَوَازِ؛ لأن الانْتِقَالَ حَصَلَ بِعَقْدَيْنِ مختلفين، وقد يختصر، فيقال في إفراد أَحَدِ النِّصْفَيْنِ بالرَّدِّ وَجْهَانِ:

---

(١) ولو تلف العبد قبل القبض استردت الألف، ولها بدل الصداق، وهو نهي المثل في الأظهر.

أظهرهما: الجواز لِتَعَدُّدِ العَقْدِ.

والثاني: المَنْعُ لما فيه من ضَرَرِ التَّشْقِيصِ، ولو قال: زوجتك جَارِيَتِي أو بنتي، وبِعْتُكَ عَبْدِي، أو عبدها بكذا، ففي صِحَّةِ البَيْعِ والصداق قولان: ذكرناهما في تفريق الصَّفْقَةِ[1]، فإن صَحَّحْنَاهُمَا، وُزِّعَ العِوَضُ المذكور على مَهْرِ المِثْلِ، وقيمة العبد فما يَخُصُّ مَهْرَ المِثْلِ يكُونُ صَدَاقاً وإذا وجد الزوج بالعَبْدِ عَيْباً، ورَدَّهُ، يَسْتَرِدُّ الثمن، وليس للمرأة رَدُّ البَاقِي، والرجوع إلى مَهْرِ المثل؛ لأن المُسَمَّى صَحِيحٌ، وإن رَدَّ العَبْدَ بِعَيْبٍ، أو فَسَخَ النِّكَاحَ قبل الدخول بِعَيْبٍ، ارْتَدَّ إليه جَمِيعُ العِوَضِ المذكور، وإن خرج العِوَضُ المعين مُسْتحقاً، يريد العبد والرجوع للصداق إلى مَهْرِ المِثْلِ، في أصح القولين، وإلى حِصَّةِ الصَّدَاقِ منه في الثاني.

وقوله في الكتاب: «فإن أَصْدَقَهَا عَبْداً يُسَاوِي ألفين على أن تَرُدَّ أَلْفاً فنصف العبد مبيع ونصفه صداق» لا يلزم من أن يُسَاوِيَ العَبْدُ ألفين، ويكون المَرْدُودُ أَلْفاً أن يكون نِصْفُ العَبْدِ مَبِيعاً، ونِصْفُهُ صَدَاقاً، بل يجب مع ذلك أن يكون مَهْرُ المِثْلِ أيضاً أَلْفاً على ما صَوَّرْنَاهُ، وهو المراد، وإن لم يذكره لفظاً.

«فرع»

لِبِنْتِهِ مائة دِرْهَم، فقال لغيره: زَوَّجْتُكَ ابنتي هذه، ومَلَّكْتُكَ هذه الدَّرَاهِمَ، بهاتين المائتين لك، فالبيعُ والصَّدَاقُ بَاطِلاَنِ، نَصَّ عليه في «الأم»؛ لأنه قَابَلَ الفِضَّةَ وغيرها بالفِضَّةِ، وهو ربًا وإن كان من أحد الطرفين دَنَانِيرَ، كان ذلك جَمْعاً بين الصَّدَاقِ والصَّرْفِ، ففيه ما سَبَقَ من القولين.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَلَوْ جمَعَ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ بَيْنَ نِسْوَةٍ عَلَى صَدَاقٍ وَاحِدٍ فَفِي صِحَّةِ الصَّدَاقِ قَوْلاَنِ، لأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ تَجْهَلُ نَصِيبَ نَفْسِهَا، وَكَذَا فِي الخُلْعِ نَصَّ عَلَى أَنَّهُ لَوِ اشْتَرَى عَبِيداً مِنْ جَمَاعَةٍ لِكُلِّ وَاحِدٍ وَاحِدٌ بِثَمَنٍ وَاحِدٍ فَالبَيْعُ بَاطِلٌ لِجَهَالَةِ الثَّمَنِ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ، وَنَصَّ عَلَى أَنَّهُ لَوْ كَاتَبَ عَبِيدَهُ عَلَى عِوَضٍ وَاحِدٍ صَحَّتِ الكِتَابَةُ لِمَا فِيهِ مِنْ شَوْبِ العِتْقِ، وَقِيلَ بِطَرْدِ القَوْلَيْنِ فِي الجَمِيعِ لَكِنَّهُ لاَ خِلاَفَ فِي أَنَّهُ لَوْ قَالَ: بِعْتُكَ العَبْدَ بِمَا يَخُصُّهُ مِنَ الأَلْفِ إِذَا وُزِّعَ عَلَى قِيمَتِهِ وَعَلَى قِيمَةِ عَبْدِ فُلاَنٍ لَمْ يَصِح البَيْعُ (التَّفْرِيعُ) إِنْ قَضَيْنَا بِصِحَّةِ الصَّدَاقِ وُزِّعَ عَلَى مُهُورِ أَمْثَالِهِنَّ، وَقِيلَ: عَلَى عَدَدِ رُؤُوسِهِنَّ وَهُوَ ضَعِيفٌ،**

---

(١) قال الشيخ البلقيني: الأول للأول والثاني للثاني. فالصورة الأولى زوجتك بنتي وبعتك عبدها، والصورة الأخرى زوجتك جاريتي وبعتك عبدي، فأما لو قال زوجتك بنتي وبعتك عبدي بكذا، فهذه من صور بيع عبدين لرجلين لكل منهما عبد يبيعانهما بثمن واحد، والمذهب فيهما البطلان.

وَإِنْ قَضَيْنَا بِالفَسَادِ رَجَعَ كُلُّ وَاحِدَةٍ إِلَى مَهرِ المِثْلِ عَلَى قَوْلٍ، وَإِلَى قِيمَةِ مَا يَقْتَضِيهِ التَّوْزِيعُ عَلَى قَوْلٍ لأَنَّ هَذَا مَجْهُولٌ يُمْكِنُ مَعْرِفَتُهُ بِخِلاَفِ مَا لَوْ أَصْدَقَهَا مَجْهُولاً لاَ يُمْكِنُ مَعْرِفَتُهُ فَإِنَّهُ يَتَعَيَّن مَهْرُ المِثْلِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا جمع بين نِسْوَةٍ في عَقْدٍ واحد، وذكر لِلْكُلِّ صَدَاقاً واحداً، يصح النِّكَاحُ، وفي الصَّدَاقِ قولان، وهذا قد يُصَوَّرُ عند اتِّحَادِ الوَلِيِّ بأن يكون للرَّجُلِ بَنَاتُ ابن، أو أخ، أو عم مختلفات الآباء، أو يكون له عَتِيقَاتٌ، وقد يُصَوَّرُ مع التَّعَدُّدِ بأن وَكَّلَ أَوْلِيَاءُ النِّسْوَةِ رَجُلاً، فَزَوَّجَهُنَّ في عَقْدٍ واحد أَحَدُ القولين، وبه قال أبو حنيفة وأحمد أنه صحيح؛ لأن الجملة مَعْلُومَةٌ، وستعلم التفصيل بالتَّوْزِيعِ، وإذا علمت الجملة والتفصيل كَفَى ذلك لِصِحَّةِ العَقْدِ؛ ألا ترى أنه لو بَاعَ عَبِيداً له أو شِقْصاً وعَبْداً يجوز، وإن كانت حِصَّةُ كل واحد مَجْهُولَةً، ولو قال: بعتك هذه الصُّبْرَةَ كُلَّ صَاعٍ بدرهم، يصح، وإن كانت الجملة مَجْهُولَةً.

وأصحهما: الفَسَادُ؛ لأن تَعَدُّدَ العاقد يُوجِبُ تَعَدُّدَ العقد، والصَّدَاقُ مجهول في كل عقد، فيفسد، ويجري القَوْلاَنِ، فيما لو خَالَعَ نِسْوَةً على عِوَضٍ واحد، هل يفسد العِوَضُ؟ وتحصل البَيْنُونَةُ لا مَحَالَةَ.

وقطع بعضهم بالفساد في الصورتين، ويحكى ذلك عن أبي إِسْحَاقَ، والمَنْقُولُ عن نَصِّ الشافعي ـ رضي الله عنه ـ أنه لَو اشْتَرَى عَبْدَيْنِ أو عبيداً، كُلَّ وَاحِدٍ لمالك صفقة واحدة، إما من المَالِكِينَ، أو من وَكِيلٍ لهم، بَطَلَ البَيْعَ، وأنه لو كَاتَبَ عَبِيداً على عِوَضٍ واحد، تصح الكِتَابَةُ، واختلف في البيع والكِتَابَةِ، الذين أَثْبَتُوا القولين في النِّكَاحِ والخُلْعِ على أربعة طُرُقٍ.

أحدها: إِثْبَاتُ القولين في البَيْعِ والكِتَابَةِ أيضاً؛ إلا أن القَوْلَيْنِ في النكاح والخُلْعِ في صِحَّةِ المُسَمَّى، لا في أَصْلِ النكاح والبَيْنُونَةِ، وها هنا القولان في أَصْلِ البيع، وكذا في الكِتَابَةِ؛ لأنها تَفْسَدُ بفساد العِوَضِ، كالبيع، والقولان على هذه الطريقة يُمْكِنُ أخذهما من القَوْلَيْن في النكاح والخُلْعِ، ويمكن اسْتِخْرَاجُهُمَا من التَّصَرُّفِ في نَصِّ «البيع» و «الكتابة».

والثاني: إِثْبَاتُ القَوْلَيْنِ في الكتابة، والقَطْعُ بِفَسَادِ البيع، والفرق أن البَيْعَ مُعَاوَضَةٌ مَحْضَةٌ، وتَأْثِيرُ فساد العوض والجَهْلِ به في البَيْعِ أَشَدّ من تَأْثِيرِهِمَا في العُقُودِ الثلاثة؛ لأن البَيْعَ يَلْغُو بفساد العِوَضِ، والجَهْلِ به، والنِّكَاحُ والبَيْنُونَةُ لا يَتَأَثَّرَانِ بذلك، والكتابة وإن فسدت لا تَلْغُو، بل إذا أَدَّى المُسَمَّى عُتِقَ بموجب التَّعْلِيقِ.

والثالث: إِثْبَاتُ القَوْلَيْنِ في البيع، والقَطْعُ بِصِحَّةِ الكتابة، والفَرْقُ من وجهين:

أحدهما: أن في الكِتَابَةِ شَائِبَةَ التَّعْلِيقِ، ويَتَعَلَّقُ به العِتْقُ، فيسامح فيها، ويحتمل ما لا يحتمل في العُقُودِ الثلاثة، ولذلك جُوِّزَ أَصْلُ العَقْدِ، وإلا فالقياس فَسَادُهُ؛ لأن السَّيِّدَ يقابل مِلْكَهُ بملكه، والثاني أن العَبِيدَ في الكتابة لِمَالِكٍ واحد.

وعن رَأْيِهِ يصدر قبولهم، فصار ما لو بَاعَ عَبْدَيْنِ من واحد، وسَائِرُ العقود بخلافه.

والطريق الرابع: القَطْعُ بِفَسَادِ البيع، وصحة الكتابة، وتخصيص القولين بالنِّكَاحِ والخُلْعِ، والفَرْقُ ما بُيِّنَ إن أفردت البيع عن الكتابة فالحاصل في البَيْعِ طريقان:

أَقْرَبُهُمَا: إِجْرَاءُ القولين، وبه قال ابن سُرَيْجٍ، وهو الذي أَوْرَدْنَاهُ في «باب تفريق الصَّفْقَةِ» في «البيع» عند التَّعَرُّضِ لهذه المَسْأَلَةِ.

والثاني: القَطْعُ بالمنع، وبه قال الإِصْطَخْرِيُّ وفي الكتابة طريقان:

أَظْهَرُهُمَا: إِجْرَاءُ القولين.

والثاني: القَطْعُ بالصحة. وإذا قلنا بصحة الصَّدَاقِ المُسَمَّى فَظَاهِرُ المَذْهَبِ أن المُسَمَّى يُوَزَّعُ على مُهُورِ أمثالهن، فإن اسْتَوَتِ المُهُورُ اسْتَوَيْنَ فيه، وإن تَفَاوَتَتْ، كما لو باع عَبِيدَهُ صَفْقَةً وَاحِدَةً يُوَزَّعُ الثمن على قِيَم العَبِيدِ، إذا احتيج إلى التَّوْزِيعِ وفيه وجه، أو قول أنه ضعيف يُوَزَّعُ على عَدَدِ رُؤُوسِهِنَّ لِذِكْرِ المَهْرِ في مقابلتهن ويحكى هذا عن ابن القاصِّ، والأُسْتَاذِ أبي طَاهِرٍ.

وإن قلنا بفساد الصَّدَاقِ ففيما يجب لهن؟ قولان كالقولين فيما إذا قال: أَصْدَقْتُكِ هذا العَبْدَ، فخرج حُرّاً أو مُسْتَحقّاً.

أصحهما: أن لكل وَاحِدَةٍ منهن مَهْرَ مِثْلِهَا، ويسقط المذكور بالجَهَالَةِ والثاني: أنه يُوَزَّعُ المُسَمَّى على مُهُورِ أَمْثَالِهِنَّ، ولكل واحدة منهن ما يَقْتَضِيهِ التَّوْزِيعُ، ويكون الحَاصِلُ لهن على هذا القَوْلِ، كالحاصل إذا قلنا بصحة المُسَمَّى[1].

---

(١) قال في المهمات: هذا القول الثاني لا يصح تفريعه على قول الفساد، وإنما هو تفريع قول الصحة، وقد ذكره الإمام والغزالي في البسيط على الصواب، وعبارة البسيط أن قضيتنا بصحة الصداق، فالتوزيع على مهور أمثالهن وإن فرعنا على فساد الصداق فالرجوع لكل واحدة إلى مهر مثلها وهذا ظاهر على القول بأن المهر يضمن قبل القبض ضمان العقود، فأما على القول بأنه يضمن ضمان يد فإنا نقدر الحر عبداً والخمر عصيراً إذا جعلا صداقين، ويرجع إلى قيمتهما وهذا كمجهول يمكن تقويمه بالتوزيع وليس كمجهول لا يتوصل إلى تقويمه، فعلى هذا القول أي ضمان اليد، كان يتجه القطع بحصة الصداق وتخصيص القولين بالقول الآخر وهو ضمان العقد، لكن قطع الأصحاب بطرد القولين مطلقاً، فليكن هذا إشكالاً لا تصحيحاً لضمان العقد، هذا كلام البسيط، لكن وقع الخلل في التفريع في الوسيط والوجيز فتبعهما المصنفان وهو غلط. =

ولو زَوَّجَ أمتيه من عَبْدٍ على صَدَاقٍ وَاحِدٍ، صَحَّ النِّكَاحُ والصداق، لأن المستحق واحد، وهو كما لو بَاعَ عَبْدَيْنِ بِثَمَنٍ واحد، ولو كان له أَرْبَعُ بَنَاتٍ، ولآخر أربع بنين، فَزَوجَ أبو البَنَاتِ بَنَاتِهِ من بَنِي الآخَرِ، صَفْقَةً واحدة بِمَهْرٍ واحد، بأن قال: زَوَّجْتُ بنتي فلانة من ابنك فلان، وفلانة من فلان بألف، فقد حكى صاحب «التتمة» فيه طريقين:

إحداهما: أن في صِحَّةِ الصَّدَاقِ ما سَبَقَ من القولين.

والثاني: القَطْعُ بِالبُطْلاَنِ؛ لأن تَعَدُّدَ العَقْدِ ها هنا أَظْهَرُ لتعدد مَنْ وقع العَقْدُ له من الجانبين. وقوله في الكتاب في حكاية نصِّ الربيع: لو «اشترى [عبيداً من جماعة» ليس الغَرَضُ التَّقْيِيدَ بما إذا كان الشِّرَاءُ من جماعة، بل لو اشترى] من وَكِيلِهِمْ، كان الحُكْمُ كذلك على ما مَرَّ.

ويجوز أن يعلم قوله: «فالبَيْعُ بَاطِلٌ» بالحاء؛ لأن عن أبي حنيفة أنه صَحِيحٌ، وقوله بعد حكاية النصين. «وقيل بِطَرْدِ القولين في الجَمِيعِ» فيه إِشَارَةٌ إلى أن منهم من قَطَعَ بموجب النصين، ولم يَطْرُدِ القولين وقوله: «لكنه لا خِلاَفَ...» إلى آخره، تَوْجِيهٌ لقول الفَسَادِ، وبَيَان ترجيحه، وإن حَرَزْنَا القولين، وذلك أنه لو قال: بِعْتُكَ عَبْدِي هذا، بما يَخُصُّهُ من ألف درهم، إذا وزّع على قيمته وقِيمَةِ عَبْدِ فلان، أو قيمة عبدي الآخر فلان؛ فلا خِلاَفَ أنه لا يَصِحُّ البَيْعُ، ولو صَحَّ هناك لَصَحَّ في هذه الصورة؛ لأنه ليس فيها إلا التَّصْرِيحُ بِمُقْتَضَى العَقْدِ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الرَّابِعُ) أَنْ يَتَضَمَّن إِثْبَاتُ الصَّدَاقِ رَفْعَهُ كَمَا إِذَا قَبِلَ النِّكَاحَ لابنه لِعَبْدِهِ وَجَعَلَ رَقَبَتَهُ صَدَاقَهَا فَيَفسدُ النِّكَاحُ لأَنَّهُ ثَبَتَ وَمَلَكَتْ زَوْجَهَا لانفسَخَ، أَمَّا إِذَا زَوَّجَ مِن أَبْنِهِ آمْرَأَةً وَأَصْدَقَهَا أُمَّ أَبْنِهِ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ فَسَدَ الصَّدَاقُ؛ لأَنَّهَا لاَ تَدْخُلُ فِي مِلْكِهَا مَا لَمْ تَدْخُلْ فِي مِلْكِهِ وَلَوْ دَخَلَتْ فِي مِلْكِهِ لَعُتِقَتْ عَلَيْهِ فَيَصِحُّ النِّكَاحُ دُونَ الصَّدَاقِ.

= قال في التوسط بعد نقل كلام المهمات وتغليطه: قد مانع رحمه الله في التغليط والتبجح بما لا طائل تحته، وعلى ما في الوسيط جرى ابن الرفعة وغيره، والحاصل كما أورده المتولي وغيره أنا إذا قلنا بالفساد، ففيهما يجب لكل واحدة قولان أظهرهما مهر مثلها. والثاني أن المسمى يوقع على مهره وأمثالهن ولكل واحدة منهن ما يقضيه التوزيع من مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان متقوماً كما لو خرج مستحقاً، فالحاصل لهن على هذا القول كالحاصل لهن على القول بصحة المسمى؛ لأن هذا وإن كان مجهولاً فمعرفته ممكنة بخلاف ما لو أصدقها مجهولاً لا يمكن معرفته حيث يرجع إلى مهر المثل قولاً واحداً ولا مانع من اتحاد تفريع أحد القولين معها لقول الآخر لمعنى اقتضاه. انتهى.

وكان صاحب الخادم لم يرَ كلام التوسط فتبع المهمات في التغليط وقد حرر الأذرعي المسألة نقلاً وحجاجاً قاله البكري في حاشيته.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: تَقَدَّمَ على شَرْحِ ما في الأَصْلِ[1] أن الأَبَ إذا قَبِلَ النِّكَاحَ لابنه الصغير، أو المَجْنُونِ، فإما أن يُصْدِقَ الْمَرْأَةَ من مالِ الابن، أو من مالِ نَفْسِهِ، إن أَصْدَقَهَا من مال الابن، فَالكَلاَمُ في أنه هل يَصِيرُ ضَامِناً للصداق، إذا كان دَيْناً؟ وهل يَرْجِعُ إذا عزم على ما تَقَدَّمَ؟ فإن تَطَوَّعَ وأَدَّاهُ من مَالِ نَفْسِهِ، ثم بذل الابن وَطَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ، فالنِّصْفُ يرجع إلى الأَبِ، أو إلى الابن المُطَلِّقِ؟.

فيه طريقان عن الدَّارِكِيِّ أنه على وَجْهَيْنِ، كالوجهين فيما لو تَبَرَّعَ أَجْنَبِيٌّ بأداء الصَّدَاقِ عنه، ثم طَلَّقَ قبل الدُّخُولِ، يرجع النِّصْفُ إلى المُطَلِّقِ، أو إلى الأجنبي؟.

أحدهما: أنه يَرْجِعُ إلى الزَّوْجِ؛ لأن النِّصْفَ إنما يَحْصُلُ بالطَّلاَقِ، والطلاق وُجِدَ منه.

والثاني: أنه يَرْجِعُ إلى المُتَبَرِّعِ؛ لأنه بَذَلَ المَالَ لِيَدُومَ النِّكَاحُ بينهما، فإذا لم يَحْصُلْ هذا الغَرَضُ، رجع إلى ما بَذَلَ.

وجَوَابُ عَامَّةِ الأصحاب أنه يَعُودُ إلى الزَّوْجِ، دون الأب، وخَصَّصُوا الوَجْهَيْنِ، بما إذا كان التَّبَرُّعُ من الأجنبي والفَرْقُ أن الأب يَتَمَكَّنُ من تمليكه المَالَ، فيكون قَابِلاً، ومُوجِباً، وقَابِضاً ومُقْبِضاً، وإذا حَصَلَ المِلْكُ للابن، ثم صَارَ لِلْمَرْأَةِ، عاد بالطَّلاَقِ إليه، والأجنبي لا يَتَمَكَّنُ من تمليكه المَالَ؛ لأنه لا وِلاَيَةَ له عليه، فالأَدَاءُ عنه لا يَكُونُ إلا إِسْقَاطاً وتَبْرِئَةً لِذِمَّتِهِ، فإن كان الابن بَالِغاً[2]، وأدّى الأب عنه، فليكن ذلك كَأَدَاءِ الأجنبي.

وقَضِيَّةُ هذا الكَلاَمِ أن يكون الأَظْهَرُ من الوجهين في الأَجْنَبِيِّ أنه يَعُودُ النِّصْفُ إليه، ولذلك ذَكَرَهُ الإِمَامُ، وقال: إن استبعد مُسْتَبْعِدٌ رُجُوعَ النِّصْفِ إلى غَيْرِ الزوج، فَسَبَبُهُ، أن أَدَاءَ الصَّدَاقِ وُجِدَ من غير الزَّوْجِ، وإذا قلنا بأنه يَعُودُ إلى الابن المُطَلِّقِ، فإن كان الذي حَصَلَ له بالطلاق بَدَلُ ما أَخَذَتْهُ المرأة لِتَصَرُّفِهَا فيه، فلا رُجُوعَ للأب فيما حصل، وإن كان من عَيْنِ المأخوذ، فيخرج مما أَوْرَدَهُ صاحب «التهذيب» طريقان:

أحدهما: أنه لاَ رُجُوعَ أيضاً.

والثاني: أن فيه وَجْهَيْنِ، كما لو وهبَ من أبٍ عَيْناً، فزال مِلْكُهُ عنها، ثم عاد، والظَّاهِرُ المَنْعُ.

---

(١) في ب: الفصل.

(٢) أي رشيد كما قيده في الخادم، فقيل كالصغير، وقيل بالمنع قطعاً، لم يرجح الشيخ شيئاً.
قال في الخادم: والراجح القطع بمنع الرجوع؛ لأنه إن لم يقرر دخوله في ملكه فلا هبة ولا رجوع، وإن قدرنا فإنما ذاك لقبض المديون، وهو أجنبي من الأب، فلم يثبت له الرجوع، وقد قال الماوردي فلا رجوع له وجهاً واحداً.

وعلى الطريقة الثانية لو كان الابْنُ بَالِغاً، فمنهم من طَرَدَ الوَجْهَيْنِ، ومنهم من قَطَعَ بالمَنْعِ؛ لأنه ليس لِلأَبِ تَمْلِيكُهُ، والأَدَاءُ عنه مَحْضُ إِسْقَاطٍ، فإن أَصْدَقَهَا من مال نفسه، فيجوز، ويكون ذلك تَبَرّعاً منه على الابْنِ[1].

قال في «التهذيب»: وسواء كان ذلك عَيْناً أو دَيْناً، ثم إذا بَلَغَ الصَّبِيُّ، وطَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ، عاد الخِلاَفُ فيمن يرجع إليه النِّصْفُ، وإذا أَجَبْنَا بالظَّاهِرِ، وهو العَوْدُ إلى الابن، فإن كان قد أَصْدَقَهَا عَيْناً، وبقيت بِحَالِهَا، فيرجع النصف إليه، فهل للأب الرُّجُوعُ فيه الخِلاَفُ المذكور فيما إذا زَالَ [ملك الابن][2] في المَوْهُوبِ، ثم عاد، وإن كان قد أَصْدَقَهَا دَيْناً. قال في «التهذيب»: لا رُجُوعَ للأب، فيما حَصَلَ، كما لو اشْتَرَى الأب لابنه الصَّغِيرِ شَيْئاً بِثَمَنٍ في الذِّمَّةِ، ثم أَدَّاهُ من مَالِهِ، ثم وَجَدَ الابْنُ بالمبيع عَيْباً، فَرَدَّهُ يَسْتَرِدُّ الثمن، ولا يرجع الأب فيه، بخلاف ما لو خَرَجَ المَبِيعُ مستحقاً، يعود الثَّمَنُ إلى الأب: لأنه بَانَ أنه لم يَصِحَّ الأَدَاءُ.

---

(١) قال الشيخ البلقيني: لو كان في ذمة الأب ثم بلغ الابن وطلق قبل الدخول وقبل نقد الصداق، فإن الزوجة تستحق على الأب النصف، والذي يقتضيه الفقه أن الأب يستحق على أبيه النصف الباقي، وقد صرح الماوردي بنظر ذلك في التفريع على القديم وهذا من الدقائق اللطيفة ومقتضاه أنه لو فسخت بعيبه لم يسقط الصداق عن الأب، بل يكون جميعه مستحقاً للابن، وقد صرح البغوي في مسألة الفسخ بأن الكل للولد، لكن في كلامهما ما يشعر أن ذلك بعد الدفع وليس بشرط لما تقرر وأثبت الماوردي في الحاوي وجهين على قولنا يكون محتملاً بناءهما على أنه لو كان المصدق عيناً، هل للوالد أن يرجع فيها فإن قلنا: لا يرجع، كان للولد مطالبة بالنصف.
وإن قلنا: للوالد أن يرجع، فليس للولد مطالبته بالنصف، والصحيح أنه ليس للوالد الرجوع، فالصحيح أن للولد المطالبة، وعلم في ذلك أن محل هذا الخلاف في حياة الولد، فأما لو مات فلا يأتي الخلاف، بل يكون للولد وجهاً واحداً، نعم يجيء فيه وجه ضعيف أن العود يكون للوالد في الأصل، والمذهب خلافه. وحكى الماوردي طريقة غريبة فيما إذا كان الصداق عيناً ولم يقبضها الزوجة ثم طلق الولد أن الشطر يعود للوالد والمذهب عودة الولد مطلقاً إذا كان صغيراً والله أعلم.
وأخذ في الخادم كلام شيخه البلقيني ولم يعزه له قال: ومن تطاير المسألة ما لو تبرع أجنبي بوفاء ثمن مبيع ثم رد المشتري المبيع بعيب، هل يرد الثمن على المتبرع؛ لأنه في الواقع أو على المشتري فيه وجهان: بالثاني قطع الجرجاني في المعاياة.
ومنها: لو أدى العبد المهر من كسبه ثم أعتق وطلقها قبل الدخول، ففي التتمة أن يعود الشطر إلى ملك الزوج لا السيد لأنه عاد إليه بالطلاق، والطلاق وقع وهو من أهل الملك، ولو كان يعود إليه بطريق الفسخ لعاد إلى ملك السيد لأن الصداق كان ملكاً له، قال ابن أبي الدم: ويحتمل خلافه لأن الزوجة لم يستقر ملكها على الصداق لتزان له والطلاق بين أنها لا يملك إلا شطره وأنه لم يزل ملك اليد قال الزركشي وحكاه الرافعي وجهاً فيما بعد.

(٢) في أ: الملك.

وإذا ارْتَدَّتِ المَرْأَةُ قبل الدُّخولِ، فالقول فيمن يَعُودُ إليه كُلُّ الصَّدَاقِ، وفي رجوع الأب فيه، إذا عَادَ إلى الابْنِ، كالقول في النِّصْفِ عند الطَّلاَقِ.

إذا تَقَرَّرَ ذلك، فمن مَدَارِكِ فَسَادِ الصَّدَاقِ أن يَلْزَم من إثْبَاتِ الصَّدَاقِ رَفْعُهُ، وذلك إما أن يكون بِتَوَسُّطِ تَأْثِيرِهِ، في رفع النكاح، أو لا يكون بهذا التَّوَسُّطِ، والكتاب يَشْتَمِلُ على مِثَالِ كُلِّ وَاحِدٍ من القِسْمَيْنِ، أما الأول فإذا أَذِنَ لِعَبْدِهِ في أن يَنْكِحَ امْرَأَةً، ويجعل نفسه صَدَاقاً لها، ففعل، لا يَصِحُّ الصَّدَاقُ؛ لأنه لو صَحَّ لملكت زَوْجَهَا، فَيَنْفَسِخُ النِّكَاحُ، ويَرْتَفِعُ الصَّدَاقُ، ولا يصح النِّكَاحُ أيضاً؛ لأنه اقْتَرَنَ به ما يُضَادّه، فكان كَشَرْطِ الطَّلاَقِ، ولأن مِلْكَ الزوج لو طَرَأَ في دَوَام النِّكَاحِ أَبْطَلَهُ وإذا قارن الابتداء منع الانعقاد، كما أن مَحْرَمِيَّةَ الرَّضَاعِ لما كان طَارِئُهَا مُبْطِلاً للنكاح، كان مُقَارِنُهَا مَانِعاً من الانْعِقَادِ، ومن الأئمة من قال على سَبِيلِ الاحْتِمَالِ[1]: يجوز أن يُقَال: يَصِحُّ النِّكَاحُ، ويَفْسَدُ الصَّدَاقُ.

وقوله في الكتاب: «كما إذا قَبِلَ النِّكَاحَ لعبده، وجعل رَقَبَتَهُ صَدَاقَهَا» قَبُولُ نِكَاحِ العَبْدِ من السَّيِّدِ يجوز أن يُبْنَى على جَوَازِ إِجْبَارِ العَبْدِ على النكاح، ويمكن تَصْوِيرُهُ فيما إذا قَبِلَ النِّكَاحَ لِعَبْدِهِ البالغ، بإذنه، وهذا إذا كانت المَرْأَةُ حُرَّةً.

أما إذا أَذِنَ له في أن يَنْكِحُ أَمَةً، ويجعل نَفْسَهُ صَدَاقاً لها، ففعل، يَصِحُّ النِّكَاحُ، والصَّدَاقُ؛ لأن المَهْرَ للسيد لا لها، وليس فيه إلا اجْتِمَاعُ الزَّوْجَيْنِ في مِلْكِ شخص واحد، أنه لا يمنع صِحَّة العقد، ثم لو طَلَّقَهَا الزَّوْجُ قبل الدُّخُولِ، فَيَنْبَنِي على أن السَّيِّدَ إذا باع عَبْدَهُ بعد ما نَكَحَ بِإِذْنِهِ، ثم طَلَّقَ العَبْد المَنْكُوحَةَ، وبعد أَدَاءِ المَهْرِ، وقبل الدُّخُولِ إلى من يَعُودُ النصف؟.

فيه وجوه ثلاثة:

أصحهما: أنه يكونَ لِلْمُشْتَرِي، سَوَاءً أَدَّاهُ البائع من مالِ نَفْسِهِ، أو أَدَّى من كَسْبِ العَبْدِ إما قبل البيع أو بعده؛ لأن المِلْكَ في النِّصْفِ إنما يَحْدُثُ بالطلاق، والطَّلاَقُ وقع في ملك المشتري، فالحَاصِلُ به يكون لِلْمُشْتَرِي، كَسَائِرِ الأَكْسَابِ بعد الشراء.

والثاني: يَعُودُ إلى البَائِعِ، بكل حال: لأنه وَجَبَ في مِلْكِهِ، فما سَقَطَ منه يَعُودُ إليه.

والثالث: إن أَدَّاهُ البَائِعُ من عنده أو أَدَّى من كَسْبِ العبد قبل البيع، فيعود الشَّطْرُ إلى البَائِعِ؛ لأنه مُؤَدّى من ملكه، وإن أَدَّى من كَسْبِهِ بعد البيع، فَيَعُودُ إلى المشتري.

---

(١) قال النووي: هذا الاحتمال، ذكره الإمام والغزالي قالا: ولكن لا صائر إليه من الأصحاب، وقد جزم به صاحب «الشامل» ذكره في آخر «باب الشغار»، ولكن الذي عليه الجمهور الجزم ببطلان النكاح.

ولو فَسَخَ أَحَدُهُمَا النِّكَاحَ بِعَيْبٍ، بعد جَرَيَانِ البَيْعِ، وقبل الدُّخُولِ، أو ارْتَدَّتِ المَرْأَةُ، أو عُتِقَتْ، وفسخت بالعتق فتجري الوُجُوهُ في أن كُلَّ الصَّدَاقِ إلى من يَعُود؟.

ولو أنه أَعْتَقَ العَبْدَ، ثم طَلَّقَ العبد، قبل الدخول، أو حَدَثَ شَيْءٌ من الأَسْبَابِ المذكورة؛ فحيث نَقُولُ بالعَوْدِ إلى البائع، يعود ها هنا إلى المُعْتِقِ، وحيث جَعَلْنَاهُ للمشتري، فيكون ها هنا لِلْعَتِيقِ، فإن قُلْنَا بالأَصَحِّ، وهو العَوْدُ إلى المشتري، ففي المَسْأَلَةِ التي كُنَّا فيها تَبْقَى رَقَبَةُ العَبْدِ كُلُّهَا لمالك الأَمَةِ.

وإن قُلْنَا بالعَوْدِ إلى البائع، فكذلك ها هنا يَعُودُ النِّصْفُ إلى السيد المصدق، في صورة الطَّلاَقِ، ولو فرضت رِدَّةٌ أو فَسْخٌ بِعَيْبٍ، يعود الكل إليه، وبه أجاب ابْنُ الحَدَّادِ.

ولو عتق مالك الأَمَةِ العَبْدَ، ثم إنه طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ، فعلى المُعْتِقِ نِصْفُ قيمة العَبْدِ، في صورة الطلاق، وجميعها في الرِّدَّةِ، والفَسْخُ بالعَيْبِ، ويكون ذلك للزَّوْجِ الذي عتق على الأَصَحِّ، ولِسَيِّدِهِ الأول على الوَجْهِ الآخر.

ولو قَبِلَ نِكَاحَ أَمَةٍ لعبده الرَّضِيع، على قولنا: إنه يَجُوزُ إِجْبَارُ العَبْدِ الصغير على النِّكَاح [وجعله صداقاً][1] فأرضعت الأَمَةُ زَوْجَهَا، وانْفَسَخَ النِّكَاحُ، لِصَيْرُورَتِهَا أُمّاً له، فالعَبْدُ يَبْقَى لمالك الأَمَةِ، على الأَصَحِّ، وعلى الوجه الآخر يَعُودُ إلى سَيِّدِهِ الأول، ولو ارْتَضَعَ الصَّغِيرُ بِنَفْسِهِ، فهو كالطَّلاَقِ قبل الدخول.

ولو بَاعَ مَالِكُ الأَمَةِ العَبْدَ، ثم طَلَّقَ العَبْدَ قبل الدخول، أو فُرِضَتْ رِدَّةٌ أو انْفِسَاخٌ، فعلى الوجه المُقَابِلِ للأصح، يجب عليه لِسَيِّدِ العَبْدِ الأول نِصْفُ قيمة العبد في الطلاق، وجميع قِيمَتِهِ في سائر الصُّوَرِ.

وأما على الوجه الأَصَحِّ فقد أطلق في «التهذيب» أنه لا شَيْءَ عليه.

وقال الشيخ أبو عَلِيٍّ: يرجع مُشْتَرِي العَبْدِ عليه بِنِصْفِ القِيمَةِ، أو بجميعها؛ لأن الصَّدَاقَ على هذا الوَجْهِ يكون أبداً لمن له العَبْدُ، يوم الطَّلاَقِ، أو الفسخ، وهذا هو الصَّوَابُ ولْيُؤَوَّلْ ما في «التهذيب» على أنه لا شَيْءَ عليه للسَّيِّدِ الأول، ولو أنه بَاعَ الأَمَةَ ثم طلق أو فسخت فعلى الأَصَحِّ يَبْقَى العَبْدُ له، ولا شيء عليه، وعلى الوجه الآخر يَعُودُ نِصْفُهُ أو كله إلى السيد الأول.

وأما القِسْمُ الثاني فإذا كانت أُمُّ ابنه الصَّغِيرِ في مِلْكِهِ؛ بأن اسْتَوْلَدَ أَمَةَ الغير بالنكاح، ثم إنه مَلَكَهَا وَوَلَدَهَا، يُعْتَقُ عليه الوَلَدُ، ولا تُعْتَقُ الأُمُّ، ولو قَبِلَ له نِكَاحَ

---

(١) سقط في أ.

امْرَأةٍ، وأصْدَقَهَا أُمَّهُ لـم يَصِحَّ الصَّدَاقُ؛ لأن ما يجعله صَدَاقاً عن ابنه يدخل في مِلْكِ الابن أولاً، ثم يَنْتَقِلُ إلى المَرْأةِ، ولو دخلت في مِلْكِهِ لَعُتِقَتْ عليه، وامْتَنَعَ انْتِقَالُهَا إلى المرأة صَدَاقاً، فيصح النِّكَاحُ، ويَفْسدُ الصَّدَاقُ، وإذا فَسَدَ الصَّدَاقُ، جاء الخلاف في أن الوَاجِبَ مَهْرُ المِثْلِ، أو قيمتها، هذا ما ذكره في هذه الصُّورَةِ، لكن ذكرنا خِلاَفاً فيما إذا أَصْدَقَ الأَبُ الصَّغِيرَ من مَالِ نَفْسِهِ، ثم بلغ الابن، وطَلَّقَ قَبْلَ الدخول، في أن نِصْفَ المَهْرِ يَرْجِعُ إلى الابْنِ، أو الأب فمن قال: يرجع إلى الأَبِ، فقد يُنَازِعُ في قولنا: لا يَدْخُلُ الصَّدَاقُ في مِلْكِهَا، حتى يَدْخُلَ في ملك الابن.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **(الخَامِسُ) أَنْ يُزَوِّجَ مِنَ ابْنِهِ بِأَكْثَرَ مِنْ مَهرِ المِثْلِ أَوْ ابْنَتِهِ بِأَقَلَّ مِنْ مَهْرِ المِثْلِ فَيَفْسَدَ الصَّدَاقُ وَفِي صِحَّةِ النِّكَاحِ قَوْلاَنِ، وَوَجْهُ الفَسَادِ أَنَّ الرُّجُوعَ إِلَى مَهرِ المِثْلِ دُونَ رِضَاهُمْ وَمَا قَنِعُوا بِهِ بَعِيدٌ، وَلَوْ أَصْدَقَ زَوْجَةَ ابْنِهِ أَكْثَرَ مِنْ مَهْرِ المِثْلِ وَلَكِنْ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ جَازَ وَإِنْ كَانَ يَدْخُلُ فِي مِلْكِ الابْنِ ضِمْناً.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا قَبِلَ النِّكَاحَ لابْنِهِ الصغير، أو المَجْنُونِ، بمهر المِثْلِ، أو دُونَهُ، أو بعين مال من أَمْوَالِهِ، هي قَدْرُ مَهْرِ المِثْلِ، أو دونه، صح، وإن قَبِلَهُ بأكثر من مَهْرِ المِثْلِ، فالصداق فَاسِدٌ، وكذا لو زَوَّجَ ابْنَتَهُ المَجْنُونَةَ بأقل من مَهْرِ المِثْلِ، أو ابنته البِكْرِ الصغيرة، أو البَالِغَةَ، ولم يُرَاجِعْهَا، يَفْسَدُ الصَّدَاقُ، خلافاً لأبي حنيفة ومالك وأحمد ـ رضي الله عنهم ـ حيث قالوا: يَصِحُّ المُسَمَّى.

لنا القِيَاسُ على ما لو بَاعَ مَالَهَا، بما دون ثَمَنِ المِثْلِ، فإذا فَسَدَ الصَّدَاقُ، ففي النِّكاحِ قولان:

أصحها: لأنه يَصِحُ، كما في سَائِرِ الأَسْبَابِ المُفْسِدَةِ للصداق، ويجب مَهْرُ المِثْلِ، وفيما إذا أَصْدَقَهَا عَيْناً وَجْهٌ لأنه يَصِحّ التَّسْمِيَةُ في قَدْرِ مَهْرِ المِثْلِ.

والثاني: لأنه لا يَصِحُ النكاح؛ لأنه تَرَكَ ما فيه حَظُّهَا وَمَصْلَحَتُهَا، فأشبه ما إذا زَوَّجَهَا من غير كُفْءٍ وأيضاً فإن الَّتِي قَبِلَ نِكَاحَهَا، لم تَرْضَ إلا بالزِّيَادَةِ على مَهْرِ المِثْلِ، فإذا رددنا إلى مَهْرِ المِثْلِ، لم يكن النكاح مُرْضِيّاً به، والذي زَوَّجَ ابْنَتَهُ منه، لم يَرْضَ إلا بأَقَلَّ من مَهْرِ المِثْلِ، فإذا ارْتَقَيْنَا إلى مَهْرِ المثل لم يكن النكاح مَرْضِيّاً به فيمتنع تَصْحِيْحُهُ، وإلى هذا يرجع معنى قوله في الكتاب: «أن الرجوع إلى مَهْرِ المثل دون رِضَاهُمْ وما قَنِعُوا به بَعِيدٌ» أي: مَا قَنِعَتْ به المَرْأَةُ التي قَبِلَ نِكَاحَهَا لابنه، ولا أَوْلِيَاؤُهَا، ولو أَصْدَقَ ابنه من مَالِ نَفْسِهِ أكثر من مَهْرِ المِثْلِ، فقد أَوْرَدَ الإِمَامُ فيه احتمالين:

أحدهما: أنه يَفْسَدُ المُسَمَّى، كما لو أَصْدَقَ من مَالِ الابن، وذلك لأن ما يجعله صَدَاقاً، يدخل في ملك الابن، وإذا دَخَلَ في مِلْكِهِ لم يَجُزِ التَّبَرُّعُ به.

الثاني: أنه يَصِحُّ، وتَسْتَحِقُّ المرأة المُسَمَّى، لأن المَجْعُولَ صَدَاقاً لم يكن مِلْكاً للابن، حتى يفوت عليه، وإنما يَحْصُلُ المِلْكُ في ضِمْنِ تَبَرُّعِ الأب، فلو لم نُصَحِّحْهُ لَفَاتَ على الابن، ولَزِمَ مَهر المثل في ماله، وهذا ما أَوْرَدَهُ صَاحب الكتاب، وصاحب «التهذيب» وفي «التتمة» و «أمالي» أبي الفرج تَرْجِيحُ الاحْتِمَالِ الأول[1]، وأَيَّدَ ذلك بأن الصَّبِيَّ لو لزمه كَفَّارَةُ القَتْلِ، فأعتق الوَلِيُّ عنه عَبْداً لنفسه، لم يَجُزْ؛ لأنه يَتَضَمَّنُ دخوله في مِلْكه وإعتاقه عنه وإعتاق عبد الطفل لا يجوز[2]، ويُؤَيِّدُهُ أيضاً ما إذا قَبِلَ له نِكَاحَ امْرَأَةٍ، وجعل أُمَّه صَدَاقَهَا على ما قَدَّمْنَا.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (فَرْعٌ) إِذَا تَوَاطَأَ أَوْلِيَاءُ الزَّوْجَيْنِ عَلَى ذِكْرِ أَلْفَيْنِ فِي العَقْدِ ظَاهِراً

---

(١) قال الشيخ البلقيني: هذان الاحتمالان وجهان مذكوران في كتب المذهب قيل إن الإمام قال في التتمة المذهب أن التسمية فاسدة ووجه بمسألة العتق، ثم قال وفيه وجه آخر أن التسمية صحيحة لأن المرادة يعني المقصودة في التمليك والملك للطفل يحصل تبعاً لا مقصوداً، انتهى.
ومراد الشيخ بما نقله عن التتمة أن الاحتمالين وجهان مشهوران فلا يحسن اعتراض الشيخ ولي الدين على شيخه بأن المصنف حكى كلام المتولي فلا حاجة لاستدراكه.
قال في الخادم: ولم يرجح شيئاً منهما وكلامه مائل إلى ترجيح الأول والراجح ما قطع به البغوي فقد قطع به الماوردي في باب الاختلاف في المهر، وكذلك صاحب الذخائر والترغيب، وقال العماد بن يونس في شرح التعجيز أنه الأصح لأنه يدخل في ملك الابن تبعاً لا مقصوداً.
وقال ابن أبي الدم: أنه الأظهر.

(٢) قال الشيخ البلقيني: هذا التأييد ليس بمسلم فإن للولي أن يعتق عبد الطفل في كفارة القتل، وصرح هناك أيضاً بأنه إذا أعتق الولي عبد نفسه عن كفارة قتل الصبي، جاز إن كان أباً أو جداً، وإن كان وصياً لم يجز حتى يملكه له القاضي أو نائبه، ثم بعد ذلك يعتقه. انتهى.
وقال في الخادم بعد ذكره ما ذكره شيخه البلقيني ونقله عن المهمات أن المتولي إنما منع عتق التبرع وقد صرح الرافعي في باب كفارة القتل بأن الولي إذا أعتق عنه من مال الصبي صح.
وذكر في كتاب الحج فيما إذا وجبت الفدية على الصبي أنه ليس للولي أن يكفر عنه بالمال لأنه غير متعين على القول بجواز افتدائه بالصوم وعلى دفع الاضطراب يحمل الوجوب على ما إذا كانت الكفارة على العود والمنع على ما إذا كانت على التراخي وشاهده أنه ليس للولي أداء دين الطفل حتى يطالبه المستحق، صرح به الماوردي في باب الوصايا، وقال ابن الرفعة ما حاصله أن الكفارة إن كانت على التراخي يمنع الولي من الكفارة بالعتق. قال وهذا الخلاف قد يجري في المجنون وقد يقطع بالجواز إن كان جنونه مطبقاً لأنه مما لا غاية له تنتظر بخلاف الصبي، والأشبه أنه إن كان القتل في صورة الخطأ، فليس له الإخراج حالاً لعدم الفورية، وإن كان عمداً، وقلنا إن عمده كالخطأ، فكذلك وإن قلنا أنه كالعمد فيخرج على الخلاف في أنه هل يجب على المجنون أم لا.
وقد ذكر الرافعي في باب كفارة الظهار عن القفال أنه قال أعتق عبدك عن أبي الصغير جاز.
وسيأتي الكلام عليه في موضعه إن شاء الله تعالى.

وَعَلَى الاكْتِفَاءِ بِأَلْفٍ بَاطِناً فَالْوَاجِبُ مَهْرُ السِّرِّ أَوِ العَلاَنِيَةِ فِيهِ قَوْلاَنِ، مَأْخَذُهُمَا أَنَّ العِبْرَة بالاصْطِلاَحِ الخَاصِّ أَوِ العَامِّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا اتَّفقُوا على مَهْرٍ في السِّرِّ[1]، وأَعْلَنُوا بِأَكْثَرَ من ذلك، فعن الشَّافِعِيِّ ـ رضي الله عنه ـ أنه قال في موضع: إن المَهْرَ مَهْرُ السِّرِّ، وقال في موضع آخر: إن المَهْرَ مَهْرُ العَلاَنِيَةِ، ويُنْسَبُ هذا إلى «الإملاء».

وفيها طريقان للأصحاب:

أحدهما: إِثْبَاتُ قولين في المَسْأَلَةِ، وبه قال المُزَنِيُّ، وفي موضعهما طريقان مذكوران في «النهاية»:

أحدهما: أن موضع القَوْلَيْنِ، ما إذا اتَّفَقُوا على ألف واصْطَلَحُوا على أن يعبروا عن الألف في العَلاَنِيَةِ بألفين، أَظْهَرُ القولين: أن الوَاجِبَ أَلْفَانِ لَجَرَيَانِ العَقْدِ على اللفظ الصَّرِيحِ في معناهما.

والثاني: أن الوَاجِبَ أَلْفٌ اعْتِباراً بما تَوَاضَعُوا، واصْطَلَحُوا عليه، والأَلْفَاظُ لا تعني لأَعْيَانِهَا، وإنما ينظر إلى مَعَانيهَا ومقصودها، فهذا ما أَوْرَدَهُ في الكتاب، حيث قال: «إن العِبْرَةَ بِالإِصْطِلاَحِ الخَاصِّ أو العَامِّ».

والثاني: إِثْبَاتُ قولين مهما اتَّفَقُوا على أَلْفٍ، وجرى العَقْدُ بِأَلْفَيْنِ، وإن لم يَتَعَرَّضُوا لتعبير اللغة، والتَّعْبِيرُ بالأَلْفَيْنِ على ألف اكْتِفَاءً بما قَصَدُوهُ ورَضُوا به.

قال الإمام قَدَّسَ الله رُوحَهُ: وعلى هذه القَاعِدَةِ تَجْرِي الأَحْكَامُ المُتَلَقَّاةُ من الأَلْفَاظِ، فلو قال لزوجته: إذا قُلْتُ: أنت طَالِقٌ ثَلاَثاً، لم أُرِدْ به الطَّلاَقَ، وإنما غَرَضِ أن تَقُومي وتَقْعُدِي، أو أُرِيدُ بالثلاث وَاحِدَةً، فالمذهب أن ذلك لا عِبْرَةَ به.

وفيه وجه أن الاعْتِبَارَ بما تَوَاضَعَا عليه. ثم ما المَعْنَى بما أَطْلَقْنَاهُ في الطريقين من الاتِّفَاقِ في السِّرِّ، أهو مُجَرَّدُ التَّرَاضِي، والتَّوَاعد أم المُرَادُ ما إذا جَرَى العَقْدُ بألف في السِّرِّ، ثم عَقَدُوا بألفين في العَلاَنِيَةِ، منهم من يُشْعِرُ كَلاَمُهُ بالأول، وقَضِيَّةُ لفظ «التهذيب» وغيره إِثْبَاتُ القولين، وإن جرى العَقْدَانِ قال صاحب «التهذيب» وخَرَّجَ بعض أصحابنا من هذا الخِلاَفِ أن المُصْطَلَحَ عليه قبل العَقْدِ كالمَشْرُوطِ في العَقْدِ، وقد تَقَدَّمَ ذِكْرُ ذلك.

والطريق الثَّانِي: وهو الأَصَحُّ تَنْزِيلُ النصين على حالين، فحيث قال: المَهْرُ مَهْرُ

---

(١) وهو لغة ما اطلع عليه شخص واحد.

السِّرِّ، أراد ما إذا جَرَى العَقْدُ بألف في السِّرِّ، ثم أتَوْا بلفظ العَقْدِ في العلانية، وذكروا الألفين تَجمُّلاً، وهم مُتَّفِقُونَ على بَقَاءِ العَقْدِ الأول، وحيث قال: المَهْرُ مَهْرُ العلانية، أراد ما إذا تَوَاعَدُوا أن يكون المَهْرُ ألفاً، ولم يعقدوا في السِّرِّ، وعقدوا في العلانية، فيكون المَهْرُ ما عُقِدَ عليه العَقْدُ، لا ما سَبَقَ به الوَعْدُ.

ونقل الحناطي وغيره في المَسْأَلَةِ نَصّاً ثَالِثاً، وهو أنه يَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ، ويفسد المُسَمَّى، وَحَمَلُوه على ما إذا جَرَى العَقْدُ بألفين على شَرْطِ أن يكتفي بألف، أو على ألا يلزمه إلا أدَاءُ الألْفِ.

ويجوز أن يُعَلَّمَ لما بَيَّنَّاهُ قوله في الكتاب: «قولان» بالواو وقوله: «أوْلِيَاءِ الزَّوْجَيْنِ» لا يَخْفَى أنه لا يشترط أن يكون الزوج بحيث يَلِي أمْرَهُ وَلِيٌّ، والمعتبر تَوَافُقُ الزوج والوَلِيِّ، وقد يحتاج إلى مُسَاعَدَةِ المرأة.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (السَّادِسُ) أنْ يُخَالِفَ الأَمْرُ فَإِذَا قَالَتْ: زَوِّجْنِي بِأَلْفٍ فَزَوَّجَهَا الوَلِيُّ أَوْ وَكِيلُ الوَلِيِّ بِخَمْسِمِائَةٍ لَمْ يَصِحَّ النِّكَاحُ، وَلَوْ قَالَتْ: زَوِّجْنِي مُطْلَقاً فَزَوَّجَ بِأَقَلَّ مِنْ مَهرِ المِثْلِ لَمْ يَصِحَّ أَيْضاً، وَقِيلَ: يَصِحُّ وَيَرْجِعُ إِلَى مَهرِ المِثْلِ، وَلَوْ زَوَّجَهَا مُطْلَقاً فَيَحْتَمِلُ التَّصْحِيحَ لِلْمُطَابَقَةِ، وَيَحْتَمِلُ الإِفْسَادَ؛ لأَنَّ مَفْهُومَ المُطْلَقِ ذِكْرُ المَهرِ عُرْفاً، وَلَوْ قَالَتْ: زَوِّجْنِي بِمَا شَاءَ الخَاطِبُ فَزَوَّجَ فَهُوَ مَجْهُولٌ وَالوَاجِبُ مَهرُ المِثْلِ، وَلَوْ عَرفَ مَا شَاءَ الخَاطِبُ فَقَالَ: زَوَّجْتُكَ بِمَا شِئْتَ صَحَّ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يَجِبُ مَهرُ المِثْلِ لِخَلَلِ اللَّفْظِ إِذْ لَمْ يَتَلَفَّظْ بِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لا يشترط في إذْنِ المَرْأة، حيث يعتبر إذنها تَقْدير المَهْرِ، ولا ذكره، ولكن لو قدرت فقالت: زوجني بألف مَثَلاً، فَزَوَّجَهَا الوَلِيُّ أو وَكِيلُهُ، بخمسمائة لم يَصِحّ[1]، وألحق في «التهذيب» بهذه الصورة ما إذا زَوَّجَهَا الوَلِيّ بلا مَهْرٍ، أو زَوَّجَهَا مُطلقاً، وفي بعض التَّعَاليقِ عن الإمَام أن منهم من قال في حق الوَلِيّ: قولان كالقولين في تَزْوِيجِ المُجْبَرِ بدون مَهْرِ المِثْلِ؛ لأن غير المُجْبَرِ من الأوْلِيَاءِ، إذا وجد الإذْنُ الْتَحَقَ بالمُجْبَرِ، وخرج عن رُتْبَةِ الوَكِيلِ الذي يُزَوِّجُ بالإذْنِ المُجَرَّدِ، ولو قالت لوكيل الوَلِيِّ: زوجني مُطْلقاً، ولم تَتَعَرَّضْ لِلْمَهْرِ، فَزَوَّجَهَا الوَكِيلُ بما دون مَهْرِ المِثْلِ، ففي فَسَادِ النكاح [قولان، ذكرهما][2] الإمَام قَدَّسَ ـ الله رُوحَهُ ـ وغيره.

أظهرهما: عنده وعند صاحب الكتاب القَطْعُ بالفَسَادِ، لأن المُطْلَقَ مَحْمُولٌ على مَهْرِ المِثْلِ، فكأنها قدرت به. فنقص.

---

(١) للمخالفة وفي قول من الطريق الثاني، يصح بمهر المثل.

(٢) في ب: طريقان نقلهما.

والثاني: أنه على قولين:

أحدهما: الفَسَادُ.

والثاني: الصِّحَّةُ والرجوع إلى مَهْرِ المِثْلِ، وأورد في «التهذيب» هذين الطريقين، فيما إذا وَكَّلَ الوَلِيّ بالتَّزوِيجِ مطلقاً، فزوج الوَكِيلُ، ونَقَصَ عن مَهْرِ المِثْلِ.

وإذا قلنا: لا يصح نِكَاحُ الوَكِيلِ لو نَقَصَ، فلو أنه أَطْلَقَ التَّزْوِيجَ، ولم يتعرض لِلْمَهْرِ، ففيه احتمالان للإمام.

أحدهما: أنه لا يَصِحُّ النِّكَاحُ أيضاً؛ لأن الإِطْلاَقَ يَقْتَضِي ذِكْرِ المَهْرِ عُرْفاً.

وأصحهما: الصحة، والرجوع إلى مَهْرِ المِثْلِ، لأن المَأْتِيَّ به يُطَابِقُ الإِذْنَ، ولأن المُطْلَقَ إذا اقْتَفَى مَهْرَ المِثْلِ، كان إِطْلاَقُ العَقْدِ كَذِكْرِ مَهْرِ المِثْلِ.

ولو أنها أَذِنَتْ لِلْوَلِيِّ في التزويج مُطْلقاً، فَزَوَّجَ مما دون مَهْرِ المثل، فيفسد النكاح أو يَصِحُّ، ويَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ فيه قولان، كما سَبَقَ، وكذا لَوْ زَوَّجَهَا بلا مَهْرٍ، وفيه طريق آخر أنه يُقْطَعُ بالفَسَادِ، كما في الوَكِيلِ، وهذا يَدُلُّ على أن إِذْنَهَا في النكاح، والسُّكُوتُ عن المَهْرِ ليس بِتَفْوِيضٍ، وفيه شَيْءٌ سنذكره في أَوَّلِ بَابِ التَّفْوِيضِ، ولو قالت للوكيل أو للولي: زَوِّجْنِي بما شَاءَ الخَاطِبُ، فقال المَأْذُونُ للخاطب: زَوَّجْتُكَهَا بما شِئْتَ، فإن لم يَعْرِفْ ما شاء الخَاطِبُ، فقد زَوَّجَهَا بِمَجْهُولٍ، فيصحُّ النِّكَاحُ، ويجب مَهْرُ المِثْلِ، وإن عرف ما شاء فوجهان:

أظهرهما: صِحَّةُ الصَّدَاقِ لإِحَاطَتِهَا بالمقصود.

والثاني: وبه قال القَاضِي الحُسَيْنُ - لا يصح الرجوع إلى مَهْرِ المِثْلِ لِخَلَلِ اللفظ، وإِبْهَامِهِ[1]، ويجوز أن يرجع الخِلاَفُ إلى أن العِبْرَةَ باللفظ أو المَعْنَى.

---

(١) قال النووي: هذا المذكور في هذا السبب، هو طريقة الخراسانيين. وأما العراقيون فقطعوا بصحة النكاح في كل هذه المسائل. قال صاحب «البيان»: إذا أذنت في التزويج، فزوجها وليها بلا مهر، أو بدون مهر المثل، أو بدون ما أذنت فيه، أو بغير جنسه، أو زوج الأب البكر الصغيرة أو الكبيرة بلا مهر أو بأقل من مهر مثلها، أو وكل بعلاً فزوجها بلا مهر، أو بأقل من مهر مثلها، فقال أصحابنا البغداديون: يصح النكاح في كل الصور بمهر المثل. وحكى الخراسانيون قولين في صحة النكاح في جميع ذلك.
قال في المهمات: كلامه يشعر بترجيح الصحة ليقدم نقل العراقيين على نقل الخراسانيين مع قطعهم وتردد أولئك، لكن تقدم في الباب الرابع في بيان الأولياء القطع بالبطلان في نظير ذلك.
قال في التوسط: عجب قوله أن كلامه يشعر بالصحة في الجميع إلى آخره لأنه رحمه الله تعالى مصرح بذلك، واعترض الشيخ البلقيني على الشيخ النووي في نقله عن البيان عن الخراسانيين قولين.

=

«فروع»

لو قال الوَلِيُّ للوكيل: زَوِّجْهَا ممن شَاءَتْ بكم شَاءَت، فَزَوَّجَهَا بِرِضَاهَا من غير كُفْءٍ بأقل من مَهْرِ المِثْلِ، يجوز، ولو قال: زَوِّجْهَا بألف، فَزَوَّجَهَا بخمسمائة بِرِضَاهَا قال في «التتمة»: المذهب أنه يَصِحُّ النكاح؛ لأن الصَّدَاقَ مَحْضُ حَقِّ المرأة.

وفيه وجه أنه لا يَصِحُّ، لأن النِّكَاحَ الذي وَكَّلَهُ غَيْرُ الذي بَاشَرَهُ.

ولو جاء رجل وقال: أنا وَكِيلُ فلان في قَبُولِ نِكَاحِ فلانة بكذا، فَصَدَّقَهُ الوَلِيُّ والمرأة، وجرى النكاح وضمن مدعي الوِكَالَةِ الصَّدَاقَ[1]، ثم إن فلاناً أَنْكَرَ وَصَدَّقْنَاهُ باليَمِينِ، فهل يطالب مدعي الوِكَالَةِ بشيء من الصَّدَاقِ؟

فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن مُطَالَبَةَ الأَصْلِ قد سَقَطَتْ، والضامِنْ فَرْعٌ.

وأصحهما: ويُحْكَى عن نَصِّهِ في «الإملاء» أنه يُطَالَبُ بنصف الصدَاقِ، لأن المال ثَابِتٌ عليهما بِزَعْمِهِ، وصاحبه ظالم في الإنكار، فصار كما لو قال: لزيد على عَمْرو كذا، وأنا ضَامِنٌ، وأنكر عمرو ويجوز لزيد مُطَالبة الضَّامِنِ والله أعلم.

[فرع: في «فَتَاوَى البَغَوِيِّ» أنه إذا قال الوَلِيُّ للوكيل: لا تُزَوِّجْهَا إلا بِشَرْطِ أن ترهن بالصَّدَاقِ فلاناً، أو يَتَكَفَّلَهُ فُلاَنٌ، صَحَّ، وعلى الوكيل الاشتراط. فإن أَهْمَلَهُ، لم يَصِحَّ النكاح. ولو قال: زَوِّجْهَا بكذا وخُذْ به كَفِيلاً، فزوجها بلا شَرْطٍ، صح النِّكَاحِ؛ لأنه أَمَرَهُ بأمرين امْتَثَلَ أَحَدَهُمَا.

وإن قال: لا تُزَوِّجْهَا إذا لم يَتَكَفَّلْ فلان، ينبغي ألا يصح التَّوْكِيلُ، لأن الكَفَالَةَ تَتَأَخَّرُ عن النكاح، وقد منع العَقْد إلا بها، وأنه إذا قال للوَكِيلِ: زَوِّجْهَا بألف وَجَارِيَةٍ، ولم يَصِفِ الجَارِيَةَ، فزوجها الوَكِيلُ بألف، لم يَصِحَّ. ولو قال: زوجها بِخَمْرٍ، أو خِنْزِيرٍ، أو مجهول، فَزَوَّجَهَا بألف دِرْهَم، فإن كان ذلك نَقْدَ البَلَدِ، وَقَدْرَ مَهْرِ المِثْلِ، أو أكثر، صَحَّ النِّكَاحُ والمُسَمَّى، وإلاَّ فلا].

= فقال إن صاحب البيان لم يجد ذلك عن الخراسانيين بل حكاه المسعودي ومراده صاحب الإبانة والنقل عن واحد لا يقتضي أن يكون نقل عن الخراسانيين كلهم.
قال في البيان: والطريق الأول أصح.

(١) قال الشيخ البلقيني قوله «وضمن الوكيل الصداق» يعني بصريح الضمان ويفهمك أن النكاح المجرد لا يقتضي تعلق عهدة في الصداق على الوكيل.

الْبَابُ الثَّالِثُ فِي المُفَوَّضَةِ

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَنَعْنِي بِالتَّفْوِيضِ إِخْلاَءَ النِّكَاحِ عَنِ المَهْرِ بِأَمْرِ مَنْ يَسْتَحِقُّ المَهْرَ كَمَا إِذَا قَالَتِ البَالِغَة العاقلة: زَوِّجْنِي بِغَيْرِ مَهْرٍ فَزَوَّجَ وَنَفيَ المَهْرَ أَوْ سَكَتَ عَنْ ذِكْرِهِ، وَكَذَا السَّيِّدُ إِذَا زَوَّجَ أَمَتَهُ بِغَيْرِ مَهْرٍ، وَأَمَّا تَفْوِيضُ السَّفِيهَةِ لاَ يُعْتَبَرُ فِي إِسْقَاطِ المَهْرِ، وَكَذَا الصَّبِيَّةُ، ثُمَّ المُفَوَّضَةُ تَسْتَحِقُّ عِنْدَ الوَطْءِ مَهْرَ المِثْلِ، وَهَلْ تَسْتَحِقُّ بِالعَقْدِ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ، وَلاَ خِلاَفَ أَنَّهَا لاَ تَسْتَحِقُّ الشَّطْرَ عِنْدَ الطَّلاَقِ إِلاَّ إِذَا جَرَى الفَرْضُ بَعْدَ العَقْدِ، وَلَوْ أَصْدَقَهَا خَمْراً تشَطَّر مَهْرَ المِثْلِ لأَنَّهُ كَالْمَفْرُوضِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: التفويض[1] أن يَجْعَلَ الأَمْرَ إلى غيره، ويَكِلَهُ إليه، ويُقَال: إنه الإِهْمَالُ، ومنه [البسيط]:

لاَ يَصْلُحُ النَّاسُ فَوْضَى... ....

---

(١) التفويض: لغة رد الأمر للغير، وشرعاً: تفويض بضع، وهو إخلاء النكاح عن المهر، وتفويض مهر، وهو رد أمر المهر من المرأة إلى غيرها، نحو زوجني بما شئت أو شاء فلان.
فإذا قالت رشيدة، ولو حكما لوليها: زوجني بلا مهر، فزوج ونفي المهر، أو سكت عنه، فهو تفويض صحيح.
وكذا لو قال سيد أمة غير مكاتبة: زوجتكها بلا مهر، أو سكت عنه أما من السفيهة فيستفيد منه الولي الإذن في النكاح فقط وإذا صح التفويض، فالأظهر أنه لا يجب بالعقد شيء والثاني: يجب مهر مثل، وعلى الأول لو وطيء فمهر مثل؛ لأن الوطء لا يباح بالإباحة، لما فيه من حق الله - تعالى - والمعتبر في مهر المثل الأكثر من العقد إلى الوطء، أو الموت؛ لأن البضع دخل في ضمانه بالعقد.
وقيل: بحال العقد؛ لأنه المقتضى للوجوب بالوطء.
وقيل: بحال الوطء؛ لأنه الذي لا يعرى عن المهر بخلاف العقد، وهما ضعيفان.
فصل: للمفوضة حبس نفسها ليفرض، والمطالبة بالفرض؛ لتكون على بصيرة من تسليم نفسها، وكذا التسليم المفروض الحال في الأصح، كالمسمى في العقد.
وقيل: لا لمسامحتها بالمهر فكيف يضايق في تقديمه.
والمفروض ما تراضيا به، ولو مؤجلاً، أو فوق مهر مثل، أو جاهلين بقدره، كالمسمى ابتداء ولا يشترط العلم بمهر المثل؛ ولأن المفروض ليس بدلاً عنه بل الواجب أحدهما، فإن امتنع الزوج من الفرض، أو تَنَازعا فيه فرض القاضي مهر المثل، ويشترط علمه به؛ حتى لا يزيد عليه ولا ينقص إلا بتفاوت يسير يحتمل عادة، أو بتفاوت المؤجل إن كان مهر المثل مؤجلاً وأن يكون حالاً من نقد البلد وإن رضيت بالتأجيل لأنه منصبه الإلزام، فلا يليق به خلاف ذلك ولا يتوقف ما يفرضه على رضاهما به، فإنه حكم منه ولا يصح فرض أجنبي من ماله لأنه خلاف ما يقتضيه العقد وقيل: يصح، ويلزم بالرضا من الزوجة، وعليه يلزم الأجنبي ولا شيء على الزوج.

وتسمى المَرْأَةُ المُفَوَّضَةَ؛ لِتَفْوِيضِهَا أَمْرَهَا إلى الزَّوْجِ، أو الوَلِيِّ بلا مَهْرٍ، أو لأنها أَهْمَلَتِ المَهْرِ، ومُفَوَّضَةٌ؛ لأن الوَلِيَّ فَوَّضَ أَمْرَهَا إلى الزَّوْجِ؛ لأن الأَمْرَ في المَهْرِ مُفَوَّضٌ إليها إن شاءت نَفَتْهُ، وإلا فلا وصَدَّرَ صَاحِبُ الكتاب البَابَ بفصلين:

أحدهما: في تصوير التَّفْوِيض.

والثاني: في بيان حُكْمِ المَهْرِ إذا جَرَى التَّفْوِيضُ.

أما الأَوَّل فقد قال الأصحاب: التَّفْوِيضُ ضَرْبَانِ: تَفْوِيضُ مَهْرٍ، وتَفْوِيضُ بُضْعٍ فتفويض المَهْرِ، أن تقول [لوليها][1] زوجني بما شِئْتَ [أو ما شئت أنا][2] أو ما شاءَ الخَاطِبُ، أو فلان، فإن زَوَّجَهَا على ما ذَكَرَتْ من الإِبْهَام، فالحُكْمُ ما مَرَّ في الفَصْلِ السابق، وإن زَوَّجَهَا بما عين المذكور من مَشِيئَتِهِ، صَحَّ المُسَمَّى، وإن كان دون مَهْرِ المِثْلِ، وإن زَوَّجَهَا بلا مَهْرٍ، فَيَبْطُلُ النِّكَاحُ، أو يصح، ويجب مَهْرُ المثل؟.

فيه الخِلاَفُ الذي بَيَّنَّا فيما إذا أَطْلَقَتِ الإِذْنِ، وزوج الوَلِيُّ بما دُونَ مَهْرِ المِثْلِ، والنِّكَاحُ في هذه الصورة غير خَالٍ عن المَهْرِ، وليس هذا التَّفْوِيضُ بالتَّفْوِيضِ الذي عُقِدَ له الباب.

وأما تَفْوِيضُ البُضْعِ، فالمراد منه إِخْلاَءُ النِّكَاح عن المَهْرِ، وإنما يعتبر إِذْنُهَا إذا صَدَرَ من مُسْتحقِّ المَهْرِ، وذلك بأن تَقُولَ البالغة المالكة لأمرها ثَيِّباً كانت أو بِكْراً: زَوِّجْنِي بلا مَهْرٍ، أو على أن لا مَهْرَ لي، فَزَوَّجَهَا الولي، ونَفَى المَهْرَ أو سكت عنه، ولو قالت: زَوِّجْنِي، وسَكَتَتْ عن المهر فالذي ذكره الإمام وغيره أن ذلك ليس بتَفْوِيضٍ، لأن النكاح يُعْقَدُ بالمهر في الغالب، فيحمل الإِذْنُ على العَادَةِ الغَالِبَةِ، فكأنها قَالَتْ: زَوِّجْنِي بِالمَهْرِ ويوافقه ما تَقَدَّمَ، وفي بعض كُتُبِ العِرَاقِيِّينَ ما تَقْتَضِي كَوْنَهُ تَفْوِيضاً[3]؛ لأن اللفظ لا يَتَعَرَّضُ إلا للنِّكَاحِ، وأنه يَنْعَقِدُ بِمَهْرٍ، وبغير مَهْرٍ، بخلاف

---

(١) سقط في أ. (٢) سقط في أ.

(٣) قال في المهمات: رجح في الشرح الصغير الأول وهو مقتضى كلام المحرر والصواب المفتى به الثاني، فقد نص عليه في الأم فقال: التفويض أن يزوج المرأة الثيب المالكة لأمرها برضاها ولا يسمى لها مهراً.
وقال الشيخ البلقيني قوله وفي بعض كتب العراقيين ما يقتضي كونه تفويضاً يقتضي أنه لم يقف على تصريح في ذلك، وفي الصورة وجهان حكاهما الماوردي في الحاوي أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه ليس بنكاح تفويض.
والثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه نكاح تفويض لأن إسقاط ذكره في العقد كاشتراط سقوطه فعل هذا لا مهر لها بالعقد.
وصور الماوردي المسألة بما إذا تزوجها ولم يسم لها مهراً في العقد ولا شرط فيه أن ليس لها مهر.

ذكر الثَّمَنِ في البيع لا يُحْتَاجُ إليه، لأن البَيْعَ لا يَخْلُو عنه، ومن التَّفْوِيض الصحيح أن يقول سَيِّدُ الأمة: زَوَّجْتُهَا بلا مَهْرٍ، أَلْحَقُوا به ما إذا سكت عن ذكر المَهْرِ[١]، وقد يقوي بهذا ما ذكره العراقيون. ولو أَذِنَتْ في التَّزْوِيجِ على أن لا مَهْرَ لها في الحال، ولا عند الدُّخُولِ، ولا غيره، فَزَوَّجَهَا الولي كذلك، وَقلنا بِظَاهِرِ المذهب وهو وُجُوبُ المَهْرِ، عند الدخول، ففي صحة النِّكَاحِ وجهان:

أحدهما: المنع، ويحكى عن ابن أبي هُرَيْرَةِ ـ رضي الله عنه ـ لأن من لا مَهْرَ لها بحال مَوْهُوبَةٌ، ونكاح المَوْهُوبَةِ مختصٌ بالنَّبِيِّ ـ صلّى الله عليه وسلّم ـ.

وأشبههما: الصحة وعلى هذا، فهو تَفْوِيضٌ فَاسِدٌ، فيجب مَهْرُ المثل يُلْغَى النَّفْيُ في المستقبل ويقال: إنه تَفْوِيضٌ صَحِيحٌ؟ فيه وجهان:

وبالأول: قال أبو إسحاق تَوْجِيهاً بأنه شَرْطٌ فَاسِدٌ، والشَّرْطُ الفَاسِدُ في النكاح يُوجِبُ مَهْرَ المِثْلِ[٢]، ولو أنكحها الولي، ونَفَى المَهْرَ، من غير أن تَرْضَى هي بِمَهْرِ المِثْلِ، فهو كما لو نقص عن مَهْرِ المِثْلِ[٣]، فإن كان مُجْبَراً، فَيَصِحُّ النِّكَاحُ، ويجب مَهْرُ المِثْلِ، أو يبطل فيه قولان.

وإن كان غير مُجْبَرٍ، فيجري القولان، أو يُجْزَمُ بالبُطْلاَنِ؟ فيه طريقان وقد سَبَقَ جميع ذلك عن ابن أبي هُرَيْرَةَ أن يَصِحُّ تفويض الوَلِيِّ المجبر، إذا صححنا عَفْوَهُ.

ولا يَصِحُّ تَفْوِيضُ السَّفِيهَةِ المَحْجُورِ عليها، ولا تَفْوِيضُ الصَّبِيَّةِ، وإن كانت مُمَيِّزَةً، وتَفْوِيضُهَا في المهر لعدم التفويض.

وأشار في الكتاب بقوله: «تَفْوِيض السَّفِيهَةِ لا يُعْتَبَرُ في إسقاط المهر» إلى أنها إذا قالت: زَوِّجْنِي بلا مَهْرٍ، يستفيد به الإِذن في النكاح، فلا يَلْغُو قَوْلُهَا على الإِطلاق، وإنما يَلْغُو فيما يرجع إلى المَهْرِ.

---

(١) قال في الخادم: يستثنى منه المكاتبة والمأذونة في التجارة إذا ركبها الديون في الموصي بنفقتها إذا قلنا المهر الموصى له، وأمة القراض إذا فرعنا على أن المهر مال قراض.

(٢) قال في الخادم: أرسل الوجهين بلا ترجيح، والذي يقتضيه إيراد جمهور العراقيين الأول وأخذه من كلام الأذرعي.

(٣) قال الشيخ البلقيني قوله من غير أن ترضي أن ضبط بالياء آخر الحروف، فغير محتاج إلى هذه اللفظة لأن الصورة أنه نفي المهر، فقوله من غير أن ترضي بمهر المثل كلام لا يستقيم وإن ضبط بالتاء المثناة من فوق، فهذا إن كان قبل العقد فهي أذنته بمهر المثل، فإذا بقي الولي المهر جاء الخلاف، وإن كان الوصي بعد العقد، فالخلاف في صحة النكاح ثابت أيضاً، فلا حاجة إلى هذه اللفظة كيف ما كان الحال.

ولو نَكَحَهَا على أن لا مَهْرَ لها، ولا نَفَقَةَ، أو على أن لا مَهْرَ لها، وتُعْطِي زوجها أَلفاً، فهذا أَبْلَغُ في التفويض، ولو قالت للولي: زوجني بلا مَهْرٍ، فزوجها بالمهر، نظر إن زَوَّجَهَا، بِمَهْرِ المِثْلِ من نَقْدِ البَلَدِ، صح المسمى، وإن زَوَّجَهَا بدون مَهْرِ المِثْلِ، أو بغير نَقْدِ البلد، لم يَلْزَمِ المسمى، وكان كما لو نَكَحَهَا على صُورَةِ التَّفْوِيضِ.

«الفَصْلُ الثَّاني»

«في حُكْمِ المَهْرِ إِذَا جَرَى التَّفْوِيضُ»

وفيه مسألتان:

إحداهما: هل تَسْتَحِقّ المُفوّضَةُ المَهْرَ بنفس العَقْد؟ فيه طريقان:

أظهرهما: وهو المَذْكُورُ في الكتاب أنه على قولين[1] أنه لا يَجِبُ بِنَفْسِ العَقْدِ شَيْءٌ؛ لأن المَهْرَ حَقُّهَا، فإذا رَضِيَتْ بألاَّ يَثْبُتَ وجب ألا يَثْبُتَ، كما أنها إذا رَضِيَتْ بألاَّ ينفي.

والثاني: يَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ، لأنا نحكم لها بالمَهْرِ عند الوطء، والوطء لا يجوز أن يُوجِبَ المَهْرَ؛ لأن المَهْرَ إذا لم يجب بالعَقْدِ يكون الوطء تَصَرُّفاً فيما مَلَكَهُ بِغَيْرِ بَدَلٍ، والتَّصَرُّفُ فيما يَمْلِكُهُ بغير بدل لا يُوجِبُ ضَمَاناً، كما إذا وَهَبَ منه الطَّعَامَ، فأكله.

والثاني: القَطْعُ بالقول الثاني، وإذا قلنا بالطريقة الأُولَى، فما حال قَوْلِ الوُجوبِ؟.

أشار الشيخ أبو مُحَمَّدٍ: إلى أنه مَنْصُوصٌ، والأظهر أنه مُخَرَّجٌ، واختلفوا في أنه مم مخرج من القول بوجوب المَهْرِ، فيما إذا مات أَحَدُ الزوجين في صُورَةِ التَّفْوِيضِ على ما سيأتي.

ووجه التَّخْرِيجِ أن المَوْتَ لا يَصْلُحُ مُوجباً، بدليل الموت في النِّكَاحِ الفَاسِدِ، وإذا لم يَحْصُلُ الوُجُوبُ بالموت [كان سابقاً][2] عليه، وقيل: هو مُخَرَّجٌ من قولنا: إنه لا بدّ في الفَرْضِ من العِلْمِ بِمَهْرِ المِثْلِ، وذلك يَدُلُّ على أن المَفْرُوضَ بَدَلٌ ينتقل إليه عن المَهْرِ الواجب.

فإن قلنا: لا يجب بالعَقْدِ، فلو وَطِئَهَا، يجب مَهْرُ المثل؛ لأن البُضْعَ لا يَتَمَحَّضُ حَقّاً للمرأة، بل فيه حَقُّ الله ـ تعالى ـ ألا ترى أنه لا يُبَاحُ بالإِبَاحَةِ، فَيُصَانُ عن التَّصَوُّرِ

---

(١) في ب: قولين أصحهما.

(٢) في ب: كان الوجوب سابقاً.

بصورة المُبَاحَاتِ، وأيضاً فإن الزِّنَا لو شرط فيه مَالٌ لا يثبت؛ لأن المَالَ لا يَتَعَلَّقُ به شَرْعاً، فكذلك الوطء المحترم إذا نُفِيَ عنه، وجب ألا يَنْتَفِي؛ لأنه يَتَعَلَّقُ به المَالُ شَرْعاً وفيه وجه أنه لا يَجِبُ بالوَطْءِ مَهْرٌ خرجه القاضي الحُسَيْنُ، فيما إذا وَطِيءَ المُرْتَهِنُ الجَارِيَةَ المَرْهُونَةَ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ ظَانّاً أنها تُبَاحُ بالإِذْنِ، حيث لا يَجِبُ المَهْرُ في أحد القولين، والجامع حُصُولُ الإِذْنِ من مالك البُضْعِ، وصوت التَّفْوِيضِ أَوْلَى، بألا يجب فيها المهر؛ لأن الإِذْنَ فيها إِذْنٌ في وَطْءٍ مباح، بخلاف إذن المرتهن، وموضع هذا التخريج على ما حَكَاهُ أكثر من رَوَاهُ.

ومنهم صاحب «التتمة» ما إذا جَدَّدَتُ الإِذْنَ في الوَطْءِ، وصَرَّحَتْ بِنَفْيِ المَهْرِ، دون ما إذا لم يَجْرِ سوى التَّفْوِيضِ، ودون ما إذا جددت الإِذْنَ ولم تُصَرِّحْ بِنَفْيِ المَهْرِ، وقياس مَسْأَلَةِ الرَّهْنِ ألا يحتاج إلى التَّصْرِيحِ، والتقييد بنفي المَهْرِ.

قال الإمام: والقِيَاسُ ألا يُشْتَرَطَ تَجْدِيدُ الإِذْنِ، لأن النِّكَاحَ على صُورَةِ التفويض أَثْبَتُ الاستحقاق لِلزَّوْجِ بلا عِوَضٍ، والإِذْنُ المجرد لا يُصَادِفُ حَقَّهَا، قال: وقد رَأَيْتُ في بعض المَجْمُوعَاتِ ما يَدُلُّ على طرد التخريج، وإن لم يُوجَدْ إِذْنٌ جديد.

وإذا قلنا بظاهر المذهب، وأَوْجَبْنَا مَهْرَ المِثْلِ، فالاعتبار بِحَالَةِ العَقْدِ، أم بحالة الوَطْءِ؟! فيه وجهان أو قولان:

أحدهما: أن الاعتبار بحال الوطء فإن الوطء هو الذي لا يُعَرَّى عن المَهْرِ، أما العَقْدُ فَيُعَرَّى.

وأَصَحُّهُمَا[1]: على ما ذكر الرُّويَانِيُّ، وهو الذي أَوْرَدَهُ ابن الصَّبَّاغ أنه يُعْتَبَرُ حَالَةُ العَقْدِ، وَوَجَّهُوهُ بأن العَقْدَ هو الذي اقْتَضَى الوجوب عند الوَطْءِ، واسْتَنْبَطَ الإِمَامُ من هذا الخلاف مَسْلَكَيْنِ:

أحدهما: أَنَّا نَتَبَيَّنُ بجريان الوَطْءِ وُجُوبَ المَهْرِ بالعَقْدِ، وعلى هذا فالأَمْرُ مَوْقُوفٌ إن ارتفع النِّكَاحُ، ولم يجر وطءٌ تبينا أن المَهْرَ لم يَجِبْ بالعَقْدِ، وإن جرى بَانَ وُجُوبُهُ بالعَقْدِ.

والثاني: أن يُقْطَعَ بِخُلُوِّ العَقْدِ عن المَهْرِ، ووجوبه بالوطء، ويجعل الخلاف في أن الاعْتِبَارَ بحالة العَقْدِ، أم بحالة الوَطْءِ، كالخلاف في أنا إذا أَوْجَبْنَا في الجَنِينِ الرَّقِيقِ عُشْرَ قيمة الأم، تُعْتَبَرُ قِيمَتُهَا يوم الجِنَايَةِ، أم يوم الانْفِصَالِ واعلم أن قَضِيَّةَ القَوْلِ باعتبار حَالَةِ العَقْدِ إِيجَابُ مَهْرِ ذلك اليوم، سواء كان أقل أو أكثر، لكن ذَكَرَ المُعْتَبرون إنه إن كان أكثر أَوْجَبْنَاهُ وإن كان أَقَلَّ لم يقتصر عليه؛ لأن البُضْعَ دَخَلَ بالعَقْدِ في ضَمَانِهِ، فإذا اقترن به

---

(١) جرى في المنهاج على أن الخلاف وجهان وصحح اعتبار حالة العقد.

الإِتْلاَفُ أوجبنا أكثر ما يكون عِوَضاً، كما إذا قَبَضَ شَيْئاً لشراء فاسد، وأَتْلَفَهُ يَلْزَمُهُ أَكْثَرُ قِيمَتِهِ، من يوم القبض إلى الإِتلاف وعلى هذا، فالعِبَارَةُ المُطَابِقَةُ لِلْغَرْضِ أن يقال: يجب أكبر مَهْرٍ، من يوم العقد إلى الوطء أو أكبر مَهْرٍ، من يوم العقد، ويوم الوطء.

وذكر الحناطيُّ نحواً منه.

ولو مات أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ قبل المَسِيسِ، وقبل أن يُفْرَضَ لها مَهْرٌ، فهل يجب مَهْرُ المِثْلِ؟ روي أن النبي ـ صلَّى الله عليه وسلَّم ـ قضى في بَرْوَعَ بِنْتِ وَاشِقٍ ـ وقد نُكِحَتْ بغير مَهْرٍ، فمات زوجها [قبل أن يَفْرِضَ لها][1] ـ: «بمهر مثيلاتِهَا وبالميراث»[2] ولكن في رُوَاتِهِ اضْطِرَابٌ قيل: رَوَاهُ مَعْقِلُ بن يَسَارٍ.

وقيل: ابن يَسَارٍ.

وقيل: رجل من أَشْجَعَ، أو ناس من أَشْجَعَ، فظهر لذلك تَرَدُّدٌ في كلام الشَّافِعِيِّ ـ رضي الله عنه ـ وللأصحاب ـ رحمهم الله ـ طُرُقٌ:

أحدها: أنه إن ثَبَتَ الحَدِيثُ وَجَبَ المَهْرُ، وإلا فقولان.

والثاني: إن لم يثبت لم يجب، وإن ثَبَتَ، فقولان.

والثالث: إن ثَبَتَ وَجَبَ، وإلا فلا وهو ظَاهِرُ لَفْظِهِ في «المختصر».

وأشبههما وأظهرهما: إِطْلاَقُ قولين في المَسْأَلَةِ، وبه قال أصحابنا العِرَاقِيُّونَ والحَلِيمِيُّ:

أحدهما: وبه قال مالك ـ أنه لا يَجِبُ المَهْرُ؛ لأن المَوْتَ فُرْقَةٌ وَرَدَتْ على نِكَاحِ تَفْوِيضٍ، قبل الفرض والوطء، فلا يجب المَهْرُ كالطلاق.

والثاني: يَجِبُ، وبه قال أحمد؛ لأن المَوْتَ بِمَثَابَةِ الوطء في تقرير المُسَمَّى، فكذلك في إيجَابِ المَهْرِ في صورة التَّفْوِيضِ، وهذا يُوافِقُ مَذْهَبَ أبي حَنِيْفَةَ؛ لأنه يقول

---

(١) سقط في: أ.

(٢) أخرجه أبو داود (١/ ٢٣٧ كتاب النكاح) ـ باب من تزوج ولم يسم. حديث (٢١١٥). وأخرج أيضاً أحمد في (المسند ٤/ ٢٧٩ ـ ٢٨٠) ضمن مسند الجراح وأبي سنان الأشجعيين رضي الله عنهما.
(وأخرجه الدارمي في السنن ٢/ ١٥٥ كتاب النكاح) ـ باب الرجل يتزوج المرأة فيموت. . .
(والترمذي ٣/ ٤٥٠ كتاب النكاح) ـ باب ما جاء في الرجل يتزوج المرأة فيموت ـ حديث (١١٤٥). (وأخرجه النسائي ٦/ ١٢١ كتاب النكاح) ـ باب إباحة التزويج بغير صداق. (وابن ماجة ٣/ ٦٠٩ كتاب النكاح) ـ باب إباحة الرجل يتزوج ولا يفرض ـ حديث (١٨٩١) وابن حبان ذكره الهيثمي في موارد الظمآن (ص ٣٠٨) ولم يفرض.
وقال صحيح على شرط مسلم ووافقه الذهبي.

بوجوبه بالعَقْدِ، وتقريره بالموت، وما الأظهر من القولين؟.

ذكر المُتَوَلِّي أن الأظهر الوُجُوبُ، ويقال: إنه اختيار صاحب «التقريب»، وأنه صحح الحديث وقال: الاخْتِلاَفُ في الرُّوَاةِ لا يَضُرُّ؛ لأن الصحابة عُدُولٌ كلهم، ولأنه يحتمل أن بعضهم نَسَبَهُ إلى أبيه، وبعضهم إلى جَدٍّ لَهُ قَرِيبٍ أو بَعِيدٍ، وبعضهم إلى قَوْمِهِ وقَبِيلَتِهِ.

والذي رَجَّحَهُ أصحابنا العراقيون أنه لا يجب[1]، وبه أخذ الإِمَامُ، وصاحب «التهذيب»، والقاضي الرُّويَانِيُّ.

وإذا قلنا بالوجوب فيجب مَهْرُ المِثْلِ، باعتبار يوم العَقْدِ، أو يوم المَوْتِ، أو أقصى مَهْرٍ؟ حكى الحناطي فيه ثلاثة أوجه[2].

المَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ: لو طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ بها، نظر إن لم يَفْرِضْ لها بَعْدُ، فلا تَسْتَحِقُّ شَطْرَ المَهْرِ، إن قلنا: لا يجب المَهْرُ بالعَقْدِ، ولكنها تَسْتَحِقُّ المُتْعَة، على ما سيأتي وإن قلنا: يجب مَهْرُ المِثْلِ بنفس العَقْدِ، فعن الشيخ أبي مُحَمَّدٍ، وهو المذكور في «التتمة» أنه يُشَطَّرُ كالمُسَمَّى الصحيح في العَقْدِ، وكَمَهْرِ المِثْلِ، إذا جَرَتْ تسمية فَاسِدَةٌ، والمشهور أنه يَسْقُطُ المَهْرُ إلى المُتْعَةِ، واسْتَثْنَوْا صورة التَّفْوِيض، على القول بوجوب المَهْرِ، عن تَشَطُّرِ مَهْرِ المِثْلِ بالطلاق، وإن طَلَّقَهَا بعد الغَرْضِ تَشَطَّرَ المَفْرُوضُ، كالمسمى في العَقْدِ.

وعند أبي حنيفة يسقط المفروض، وتجب المُتْعَةُ. وقوله في الكتاب: «ولا خِلاَفَ أنها لا تَسْتَحِقُّ الشَّطْرَ عند الطلاق» اتبع فيه الإِمَامَ، فإنه قال بعد نَقْلِ التَّشَطُّرِ عن شيخه: وهذا قِيَاسٌ حكى، لكنه خِلاَفُ ما عليه الأَصْحَابُ، فهو غير مُعْتَدٍّ به، ولا يلتحق بالوجوه الضعيفة، فَحَصَلَ في المَسْأَلَةِ طريقان: قاطع بمنع التَّشَطُّرِ، وصَائِرٌ إلى الخلاف.

وقوله: «لو أصدقها خَمْراً تَشَطَّرَ مَهْرُ المِثْلِ» ليس المُرَادُ منه ما إذا فَرَضَ الخَمْرَ في دوام نِكَاحِ المُفَوِّضَةِ، فهذه الصورة مَذْكُورَةٌ من بَعْدُ وإنما المراد ما إذا سَمَّى في الابتداء خَمْراً، وسبب ذكر هذه المَسْأَلَةِ أنه احتج في «الوسيط» لعدم التَّشَطُّرِ بأن القِيَاسَ سُقُوطُ جميع المَهْرِ بالطلاق، إلا أن الله تعالى، قال: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ فَشَطَّرْنَا بهذا النص ما سَمَّى وفرض، ثم بَيَّنَ أن تَشَطُّرَ مَهْرِ المِثْلِ إذا سمي خَمْراً خارج عن هذه

---

(١) قال النووي: الراجح ترجيح الوجوب، والحديث صحيح رواه أبو داود والترمذي والنسائي وغيرهم. قال الترمذي: حديث حسن صحيح، ولا اعتبار بما قيل في إسناده، وقياساً على الدخول، فإن الموت مقرر كالدخول، ولا وجه للقول الآخر مع صحة الحديث.

(٢) أوجهها آخرها لأن البضع دخل في ضمانه بالعقد، وتقرر عليه بالموت كالوطء وذهب بعض المتأخرين إلى اعتبار الأول.

القَضِيَّةِ؛ لأن تسمية الخمر تُثبِتُ أَصْلَ المَهْرِ، فالْتَحَقَ بالمسمى المفروض، فبقيت الصُّورَةُ مُدْرَجَةً من خلال هذه المَسَائِلِ، وإن لم يذكر الاحتجاج.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَمَعْنَى الفَرْضِ تَعْيِنُ الصَّدَاقِ أَوْ تَقْدِيرُهُ وَكَانَ الوَاجِبُ بِالعَقْدِ أَوْ بِالمَسِيسِ المُنْتَظَرِ مَهْرَ المِثْلِ أَوْ مَا تَرَاضَى بِهِ الزَّوْجَانِ أَحَدُهُمَا لاَ بِعَيْنِهِ، وَلِلْمَرْأَةِ عَلَى القَوْلَيْنِ طَلَبُ الفَرْضِ لِتَقْرِيرِالشَّطْرِ أَوْ لِتَعْرِيفِ مَا سَيَجِبُ بِالمَسِيسِ، وَلَهَا حَبْسُ نَفْسِهَا لِلفَرْضِ لاَ لِتَسْلِيمِ المَفْرُوضِ، وَهَلْ يُعْتَبَرُ العِلْمُ بِمَهْرِ المِثْلِ عِنْدَ الفَرْضِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَهَلْ يَجُوزُ إِثْبَاتُ الأَجَلِ فِي المَفْرُوضِ؟ وَجْهَانِ، وَهَلْ يَجُوزُ إِثْبَاتُ زِيَادَةٍ عَلَى مَهْرِ المِثْلِ إِذَا كَانَ الفَرْضُ مِنْ جِنْسِهِ؟ وَجْهَانِ، وَلاَ خِلاَفَ فِي أَنَّهُ يَجُوزُ تَعْيِينُ عَرْضٍ يُسَاوِي أَضْعَافَ مَهْرِ المِثْلِ، وَلَوْ أَبْرَأَتْ قَبْلَ الفَرْضِ جَازَ عَلَى قَوْلِ الوُجُوبِ بِالعَقْدِ، وَإِنْ قُلْنَا: يَجِبُ بِالوَطْءِ خُرِّجَ عَلَى قولي الإِبْرَاءِ عَمَّا لَمْ يَجِبْ وَجَرَى سَبَبُ وُجُوبِهِ، وَلَوْ قَالَتْ: أَسْقَطْتُ حَقَّ الفَرْضِ لَمْ يَسْقُطْ، وَلَوْ فَرَضَ لَهَا خَمْراً لَغَا الفَرْضَ وَلَمْ يُؤَثِّرْ فِي التَّشْطِيرِ بِخِلاَفِ المَقْرُونِ بِالعَقْدِ، وَلَوِ امْتَنَعَ مِنَ الفَرْضِ فَرَضَ القَاضِي بِنِيَابَةٍ قَهْرِيَّةٍ وَلاَ يَزِيدُ عَلَى مَهْرِ المِثْلِ، وَلَوْ فَرَضَ الأَجْنَبِيُّ صَحَّ وَلَزِمَهُ المَفْرُوضُ كَمَا لَوْ تَبَرَّعَ بِالأَدَاءِ، وَقِيلَ: لاَ يَصِحُّ فَرْضُ الأَجْنَبِيِّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا لم يوجب المَهْرَ لِلْمُفَوَّضَةِ بنفس العَقْدِ، وهو الصحيح، فلها مُطَالَبَةُ الزوج بِفَرْضِ مَهْرٍ قبل المَسِيسِ، لتكون على ثَبْتٍ من تسليم نَفْسِهَا، وتَعْرِفُ أنها عَلاَمَ تُسَلِّمُ نَفْسَهَا، وقد تَتَوَقَّعُ المَرْأَةُ زِيَادَةً على مَهْرِ المثل، وإن أَوْجَبْنَاهُ بنفس العَقْدِ، فمن قال: إنه يَتَشَطَّرُ بالطَّلاَقِ قبل المَسِيسِ، قال: ليس لها طَلَبُ الفَرْضِ، ولكن تطالب بالمَهْرِ نَفْسِهِ، كما لو وَطِئَهَا، ووجب مَهْرُ المثل، تُطَالِبُ به لا بالفَرْضِ، ومن قال: لا يَتَشَطَّرُ، قال: لها طَلَبُ الفَرْضِ ليتقرر الشَّطْرُ، فلا يَسْقُطُ لو طلقها قبل المَسِيسِ، وهذا هو الأَظْهَرُ، والمذكور في الكتاب، ويجوز لها أن تَحْبِسَ نَفْسَهَا لِلْفَرْضِ، وهل لها الحَبْسُ لتسليم المَفْرُوضِ الذي حَكَاهُ الإِمَامُ عند الأصحاب، وأَوْرَدَهُ صاحب الكِتَابِ أنه ليس لها ذَلِكَ؛ لأنها قد سَامَحَتْ بِالمَهْرِ، فكيف يَلِيقُ بها المُضَايَقَةُ في التَّقْدِيم والتأخير. وقال القاضي الرُّويَانِيُّ: ظَاهِرُ المَذْهَبِ أن لها حَبْسَ نَفْسِهَا حتى يسلم المَفْرُوضَة، كالمسمى في العَقْدِ ابْتِدَاءً، وهذا هو الجَوَابُ في «التهذيب».

واعلم أن الفَرْضَ إما أن يُوجَدَ من الزَّوْجِ، أو من القاضي، أو من أَجْنَبِيٍّ، فهذه ثلاثة أَقْسَام:

الأول: إذا فَرَضَ الزَّوْجُ، ينظر إن لم تَرْضَ به المَرْأَةُ، فكأنه لم

يَفرِض[١] شيئاً، وفيما علق عن الإمام أنه لا يُشْتَرَطُ القَبُولُ منها، بل يكفي طَلَبُهَا وإسْعَافُهُ، وليكن هذا فيما إذا طَلَبَتْ عَيْناً، أو ذكرت مِقْدَاراً، فأجابها أما إذا أَطْلَقَتِ الطلب، فلا يلزم أن تكون رَاضِيَةً بما يُعَيِّنُهُ أو يُقَدِّرُهُ، وإذا تَرَاضَيَا على مَهْرٍ، فينظر إن كانا جاهلين بقدر مَهْرِ المِثْلِ، أو جَهِلَهُ أحدهما، ففي صحة الفَرْضِ قولان عن «الإملاء» والقديم: أنه يَصِحُّ، وعن «الأم»[٢] أنه لا يَصِحُّ، وذكروا في مَأْخَذِهِمَا ثَلاَثَةَ طرق، عن الشيخ أبي حَامِدٍ أنهما مَبْنِيَّانِ على أن المُفَوَّضَةَ تَمْلك بالعقد أن تملك مَهْرَ المِثْلِ، وتملك أن تملك مَهراً ما، وفيه قولان، وَجْهُ الأَوَّلِ أن الزوج مَلَكَ بُضْعَهَا، فَتَمْلِكُ مُطَالَبَتَهُ بِبَدَلِهِ.

ووجه الثَّانِي أنه لاَ بُدَّ من مَهْرٍ، لكن لا تَقْدِيرَ عند التَّسْمِيَةِ، فكذلك عند الفَرْضِ، فإن قلنا بالأول، [فالمفروض][٣] بَدَلٌ عنه، ولا بدّ من العِلْمِ بالمُبْدَلِ، وإن قلنا بالثاني، فلا حَاجَةَ إليه، وهذه الطَّرِيقَةُ مُؤَسَّسَةٌ على أنه لا يَجِبُ المَهْرُ بالعَقْدِ.

والثاني: بِنَاءُ القَوْلَيْنِ على أن المُفَوَّضَةَ تَسْتَحِقُّ المَهْرَ بالعقد أم لا؟.

إن قلنا: نعم، فالمفروض بَدَلٌ عنه فلا بدّ من العِلْمِ بالبَدَلِ، وإن قلنا بالثاني فلا حَاجَةَ إليه.

والثالث: بِنَاؤُهُمَا على أن المَفْرُوضَ يجب بالفَرْضِ ابْتِدَاءً، أم يَسْتَنِدُ إلى حَالَةِ العَقْدِ؟ وفيه خلاف سبق مِثْلُهُ فيما إذا وَطِىءَ، فوجب المَهْرُ، ورَجَّحَ القاضي الرُّويَانِيُّ من القولين اعْتِبَارَ عِلْمِ الزوجين، والجُمْهُورُ على خِلاَفِهِ.

وإن كانا عَالِمَيْنِ بِقَدْرِ مَهْرِ المثل صح ما يَفْرِضَانِهِ، نعم هل يجوز إِثْبَاتُ الأَجَلِ في المَفْرُوضِ؟.

نقل فيه وجهان: وجه المنع أن الأَصْلَ مَهْرُ المِثْلِ، ولا مَدْخَلَ لِلأَجَلِ فيه، وكذلك في بَدَلِهِ، والأصح ثبوته كما في المُسَمَّى، وفي الزيادة على مَهْرِ المِثْلِ وجهان أيضاً، بنَاءً على أن مَهْرَ المِثْلِ هو الأَصْلُ فلا يُزَادُ البَدَلُ عليه.

والأصح الجَوَازُ، به قطع جَماعَةٌ، والخلاف فيما إذا كان المَفْرُوضُ من جِنْسِ مَهْرِ المِثْلِ، فأما تَعْيينُ عِوَضٍ يزيد قيمته على مَهْرِ المِثْلِ، فقد نَفَوْا الخَلاَفَ في جَوَازِهِ، وكان سَبَبُهُ أن الزِّيَادَةَ ها هنا غير مُتَحَقِّقَةٍ، والقِيَمُ تَرْتَفِعُ وَتنخَفِضُ.

---

(١) وهذا لما قال الأذرعي إذا فرض دون مهر المثل، أما إذا فرض لها مهر مثلها حالاً من نقد البلد وبذله لها وصدقته على أنه مهر مثلها، فلا يعتبر رضاها لأنه عبث وتعنت.

(٢) في ب: الإمام.

(٣) في ب: فالمقبوض.

«القِسْمُ الثَّاني: فَرْضُ القَاضِي»

وذلك إذا امْتَنَعَ الزَّوْجُ من الفَرْضِ فَيَنُوبُ القاضي عنه قَهراً، وكذلك لو تَنَازَعَا في القَدْرِ المَفْرُوضِ فيفرضه القاضي، ولا يَفرِضُ إلا من نَقْدِ البَلَدِ، حَالاً، فإن رَضِيَتْ المَرْأَةُ بالتَّأجيلِ لم يُؤَجِّلْ أيضاً، وتُؤَخِّرُ هي إن شَاءَتْ، ولا يزيد على مَهرِ المِثْلِ، ولا ينقص، كما في قِيَمِ المُتَلَفَاتِ[١]، نعم الزِّيَادَةُ والنقصان بالقدر اليَسِيرِ الذي يَقَعُ في مَحَلِّ الاجْتِهَادِ لا عِبْرَةَ به، ولا بدّ من عِلْمِهِ بِقَدْرِ مَهرِ المثل حتى لا يزيد ولا ينقص.

قال الشيخ أبو الفَرَجِ: وإذا فَرَضَ القاضي لم يتوقف لزومه على رضاهما، فإنه حُكْمٌ منه، وحُكْمُ القاضي لا يَفْتَقِرُ لُزُومُهُ إلى رِضَا الخُصُومِ.

الثاني: فرض الأجنبي، فإذا جاء أَجْنَبِيٌّ، وفرض لِلْمُفَوَّضَةِ مَهْراً، يعطيه من مالِ نفسه برضاها، ففي صحته وجهان: .

أصحهما: عند الإمَام وغيره: المنع[٢]؛ لأنه تَعْيِينَ لما يَقْتَضِيهِ العَقْدُ، وتصرف فيه، فلا يَلِيقُ بِغَيْرِ المتعاقدين، إلا إذا فُرِضَتْ وِكَالَةٌ أو وِلاَيَةٌ.

والثاني: يصح؛ لأنه يجوز للأَجْنَبِيِّ أن يُؤَدِّيَ الصداق عن الزوج بغير إِذْنِهِ، فكذلك يَجُوزُ أن يفرض، ويَلْتَزِمَ بغير إِذْنِهِ، وقَرَّبَ صاحب «التتمة» هذا الخَلاَفَ من الخِلاَفِ فيما إذا أَصْدَقَ عن أَبِيهِ أكثر من مَهرِ المِثْلِ هل يجوز؟.

وذكروا تَفْرِيعاً على الصِّحَّةِ أنها تُطَالِبُ الأَجْنَبِيَّ بالمَهْرِ المَفْرُوضِ، ويسقط طَلَبُ الفَرْضِ عن الزوج [وينبغي أن يُشْتَرَطَ للصحة رِضَاهَا، فإنا شَرَطْنَا الرِّضَا في فَرْضِ الزوج][٣] ففي فَرْضِ الأجنبي أَوْلَى، ولو طَلَّقَهَا الزَّوْجُ، قبل المَسِيسِ، فَنِصْفُ المفروض يَعُودُ إلى الزوج، أو إلى الأجنبي؟ فيه وَجْهَانِ، كما ذكرنا فيما إذا تَبَرَّعَ أجنبي بأدَاءِ المُسَمَّى، ثم طلق الزوج قبل المسيس، ووراء ما ذكرنا في الفَصْلِ مَسْأَلَتَانِ:

إحداهما: إذا أَبْرَأَتِ المُفَوَّضَةُ عن المَهْرِ قبل الفَرْضِ والمسيس، فإن قلنا: يجب المَهْرُ بالعقد، صح الإِبْرَاءُ، إن كان مَهْرُ المثل مَعْلُوماً لها، وإن كان مَجْهُولاً، ففي

---

(١) ولو جرت عادة نسائها أن ينكحن بمؤجل أو بصداق بعضه مؤجل، وبعضه حال لم يؤجله الحاكم بل يفرض حالاً وينقص للتأجيل بقدر ما يليق بالأجل وعن الصيمري لو جرت عادة في ناحية بفرض الثياب وغيرها، فرض لها ذلك.

(٢) لأنه خلاف ما يقتضيه العقد.

والثاني: يصح كما يؤدي الصداق عن الزوج بغير إذنه.

تنبيه: محل الخلاف إذا لم يأذن الزوج للأجنبي وإلا فيجوز قطعاً كما صرح به في الذخائر.

(٣) سقط في: أ.

صحة الإِبْرَاءِ عن المجهول قولان مذكوران في الضمَان:

الأصح المنع، وإذا قلنا به، فذلك فيما يَزِيدُ على القَدْرِ المْستَيْقَنِ، وفي المُستَيْقَنِ وَجْهَانِ، ويقال: هما مَأْخُوذَانِ من تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ وإن قلنا: لا يجب المَهْرُ بالعَقْدِ، فقد قال في الكتاب: إنه إبراء مما لم يجب، وجرى سَبَبُ وجوبه، وفيه قولان كالقولين في ضَمَانِ مِثْلِ ذلك، والأصح الفَسَادُ وقد بَيَّنَّا في الضمان ما ينبغي أن ينزل عليه.

قوله: «وجرى سَبَبُ وجوبه ولو قالت أسقطت حق الفرض لم يَسْقُطْ» كما لو أَسْقَطَتْ زَوْجَةُ المولى حَقَّهَا من مُطَالَبَةِ الزوج، وهذا لأن ثُبُوتَ المَهْرِ عند العَقْدِ، أو عند الوطء لا يَبْطُلُ بإِسْقَاطِهَا، وحق طَلَبِ الفرض تَابعٌ له، ولو أَبْرَأَتْ عن المُتْعَةِ قبل الطَّلاَقِ، فهو إِبْرَاءٌ قبل الوجوب، وإن أَبْرَأَتْ بعده، فهو إِبْرَاءٌ عن المَجْهُولِ، ولو نكح إمْرَأَةً على خَمْرٍ، أو خنزير، وأَبْرَأَتْهُ عن المُسَمَّى الفاسد، فهو لَغْوٌ، لأن الواجب غَيْرُهُ، وإن أَبْرَأَتْهُ عن مَهْرِ المِثْلِ، وهي عالمة به صَحَّ.

«فرع»

يَتَيقَّنَ أن مَهْرَهَا لا يَنْقُصُ عن أَلْفٍ واحتمل أن يزيدَ عليه إلى ألفين، ورَغباً في البَرَاءَةِ، فينبغي أن تُبْرِئَهُ عن ألفين، قاله في «التهذيب» وإن قَبَضَتْ ألفاً، وأَبْرَأَتْهُ من ألف إلى ألفين، فإن بَانَ أن مَهْرَهَا ألف، أو فَوْقَ الألف إلى ألفين، فالبَرَاءَةُ حَاصِلَةٌ، وإن بَانَ أنه فوق ألفين، فعليه الزيادة [وحصلت البراءة من ألفين][1] والقول بحصول البَرَاءَةِ إذا بَانَ فوق الأَلْفِ إلى الألفين ـ جَوَابٌ على أنه إذا قال: ضمنت من واحد إلى عشرة، أو أبرأت، صَحَّ الضَّمَانُ والإِبْرَاءُ، وهو الأَصَحُّ، ولو دفع الزَّوْجُ إليها ألفين، وحَلَّلَ لها ما بين ألف وألفين، حَلَّ لها ذلك إن بَانَ فوق الأَلْفِ إلى الألفين، وإن بَانَ دون الألف، فعليها رَدُّ قَدْرِ قيمة التَّفَاوُتِ بين مَهْرِهَا، وبين الألف، لأنه لم يَدْخُلْ في التحليل، ويحصل الفَرْضُ من جهة [الزوجة بلفظ التَّحْلِيلِ والإِبْرَاءِ، أو الإسقاط والعفو، وأما من جِـهَـةِ][2] الـزوج، فَـلاَ بُـدَّ من لَـفْـظٍ صَـالِـحٍ لـتـمـلـيـك الإِعْـيَـانِ، فـإن تـصـرفـت فـي المَدْفُوعِ، وصار الزَّائِدُ دَيْناً جَرَتْ فيه الأَلْفَاظُ.

«فرع»

قال لمن عليه أَلْفُ درهم: أَبْرَأْتُكَ عن ألف دِرْهَم، ثم قال: لم أعلم وَقْتَ الإِبراء أنه كان لي عليه شيء لم يُقْبَلْ قوله في الظاهر، وفي البَاطن وجهان.

---

(١) سقط في: أ.

(٢) سقط في: أ.

قال الإِصْطَخْرِيُّ: لا يقبل أيضاً؛ لأنه وَرَدَ على مَحَلِّ حَقِّهِ.

وقال غيره: يقبل؛ لأن عنده أَنَّ ما جرى ليس بِإِبْرَاءٍ حَقِيقَةً، والخلاف مَأْخُوذٌ من الخلاف فيما إذا باع مَالَ أبيه على ظَنِّ أنه حَيٌّ، فَبَانَ مَيِّتاً.

المَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ: ذكرنا أن المَفْرُوضَ فَرْضاً صَحِيحاً كالمُسَمَّى في العَقْدِ، حتى يَتَشَطَّرَ بالطلاق قبل المَسِيسِ[1]، أما إذا فرض فَرْضاً فَاسِداً بأن ذَكَرَ خَمْراً، أو خِنْزِيراً لَغَا ولم يُؤَثِّرْ في تَشْطِيرِ مَهْرِ المِثْلِ إذا طَلَّقَ قبل المَسِيسِ، بخلاف التَّسْمِيَةِ الفاسدة المقرونة بالعَقْدِ، حيث نوجب مَهْرَ المِثْلِ، وتشطره بالطلاق قبل المَسِيسِ، والفرق أن الحَالَ هناك حَالُ ابْتِدَاءِ مِلْكِ البُضْعِ، وقد ذكرا في مُقَابَلَتِهِ عِوَضاً، فلا يمكن إِخْلاَؤُهُ عن العِوَضِ، وإذا وجب العِوَضُ تُشَطَّرَ وهنا الحال حَالُ دَوَامِ المِلْكِ، وقد خلا ابْتِدَاؤُهُ عن العِوَضِ، فإن وُجِدَ فَرْضٌ صحيح، اعْتُبِرَ، وإلا بَقِيَ الأَمْرُ على ما كان عليه، وطُولِبَ بالفَرْضِ الصحيح، وأما لَفْظُ الكتاب فقوله: «ومعنى الفَرْضِ تعيين الصَّدَاقِ، أو تقديره» إلى قوله: «أحدهما لا بعينه» أراد به أن البُضْعَ، وإن أُبِيحَ بلا عِوَضٍ لا يُبَاحُ إلا بالعِوَضِ، وذلك العِوَضُ إما ما يتراضى به الزَّوْجَانِ، أو مَهْرُ المِثْلِ الذي هو قِيمَةُ البُضْعِ، فكأن الشَّارِعَ على قَوْلِ الوجوب بالعَقْدِ، يقول: إن تَرَاضَيْتُمْ، في ابْتِدَاءِ العَقْدِ، على شيء فذاك، وإلا أوجبت مَهْرَ المِثْلِ، وعلى قول آخر يقول: إن اتَّفَقْتُمْ على شَيْءٍ قبل الوطء، فهو الوَاجِبُ، وإلا لم أُخَلِّ الوَطْءَ عن المَهْرِ، وأوجبت مَهْرَ المِثْلِ، فالواجب أحدهما لا بِعَيْنِهِ، ويجوز أن يُعَلَّمَ قوله: أحدهما لا بعينه [بالواو؛ لأن في «الوسيط» وغيره ذِكْرُ تَرَدُّدٍ في أن الوَاجِبَ أَحَدُهُمَا لا بِعَيْنِهِ][2] أو الأصل مَهْرُ المثل، والمفروض بَدَلٌ عنه، كالتَّرَدُّدِ في أن مُوجِبَ العَمْدِ القِصَاصُ، أو الدية أو موجبه القصاص والدية بَدَلٌ عنه.

وقوله: «تَعْيِينُ الصَّدَاقِ أو تقديره» يمكن أن يُرِيدَ به تَعْيِينَ القَدْرِ، فيكون في المَعْنَى كالتَّقْدِيرِ، والجمع بينهما إيضاح وتأكيد، ويَجُوزُ أن يُرِيد تعيين الذَّاتِ، ويَحْسُنُ على هذا أن يُحْمَلَ التعيين على ما إذا فَرَضَ عَيْناً، والتَّقْدِيرُعلى ما إذا فَرَضَ دَيْناً.

وقوله: «على القولين» مُعَلَّمٌ بالواو؛ لما حَكَيْنَا أن منهم من يَقُولُ: ليس لها طَلَبُ الفرض[3] على قول الوجوب بالعَقْدِ.

وقوله: «لتقرير الشَّطْرِ» أي: على قول الوُجُوبِ بالعَقْدِ، وهذا التعليل مَبْنِيٌّ على

---

(١) سواء أكان الفرض من الزوجين أو من الحاكم لعموم قوله تعالى: **﴿وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾** [البقرة: ٢٣٧].

(٢) سقط في: أ.

(٣) في ب: العوض.

قَوْلِ من لا يقول بالتَّشَطُّرِ لو طَلَّقَ قبل الفَرْضِ، وقوله: «أو لتعريف ما سَيَجِبُ بالمَسِيسِ» أي: على القول الآخَرِ، وهو أنه لا يَجِبُ بالعَقْدِ، وقوله: «لا لتسليم المفروض» مُعَلَّمٌ بالواو لما مَرَّ.

«فَرْعٌ»

قال في «التَّتِمَّةِ» لو نكح ذِمِّيٌّ ذِمِّيَّةً على أن لا مَهْرَ لها، وَتَرَافَعَا إلينا، حكمنا بحكمنا في السملمين.

وقال أبو حَنِيفَةَ: إن اعْتَقَدُوا أن النِّكَاحَ لا يَخْلُو عن المَهْرِ، فكذلك، وإن جَوَّزُوا إخلاءه عن المَهْرِ، فلا مَهْرَ لها إلاَّ بالعَقْدِ، ولا بالدخول.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَمَعْنَى مَهْرِ المِثْلِ القَدْرُ الَّذِي يُرْغَبُ بِهِ فِيهَا وَالأَصْلُ فِيهِ النَّسَبُ، وَيُعْتَبَرُ فِيهِ الأَخَوَاتُ وَالعَمَّاتُ لِلأَبِ دُونَ البَنَاتِ وَالأُمَّهَاتِ، وَيُعْتَبَرُ مَعَ ذَلِكَ العِفَّةُ وَالجَمَالُ وَالخُلُقُ وَكُلُّ مَا يَتَفَاوَتُ بِهِ الرَّغْبَةُ، وَلَوْ سَمَحَتْ وَاحِدَةٌ مِنَ العَشِيرَةِ لَمْ يَلْزَمِ البَاقِيَاتِ، وَلَوْ كُنَّ يَنْكِحْنَ بِأَلْفٍ مُؤَجَّلٍ لَمْ يَثْبُتِ الأَجَلُ بَلْ يَنْقُصُ بِقَدْرِهِ مِنَ الأَلْفِ، وَلَوْ كُنَّ يُسَامِحْنَ العَشِيرَةَ دُونَ غَيْرِهِمْ لَزِمَ ذَلِكَ فِي العَشِيرَةِ دُونَ غَيْرِهِمْ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَقْصُودُ الفصل بَيَانُ ما يُعْتَبَرُ به مَهْرُ المِثْلِ[1] والحَاجَةُ تَمَسُّ إلى

---

(١) مهر المثل: هو ما يرغب به في مثلها عادة من نساء عصباتها، وإن متن، وهي المنسوبات إلى من تنسب إليه، كالأخت، وبنت الأخ، والعمة دون الأم، والجدة، والخالة.
وتعتبر القربى، فالقربى فتقدم أخت الأبوين، فلأب، فبنت أخ فبنت ابنه، وإن سفل، فعمة لأبوين فلأب، فبنت عم لأبوين فلأب، فإن تعذر معرفة ما يرغب به في مثلها من نساء العصبات بأن فقدن، أو لم ينكحن أو جهل مهرهن، فأرحام والمراد بالأرحام هنا: قرابات الأم بخلاف الفرائض، كجدات، وخالات تقدم الجهة القربى منهن على غيرها.
واعتبر الْمَاوَرْدِيُّ الأم فالأخت لها قبل الجدة.
فإن تعذر ذلك اعتبرت بمثلها من الأجنبيات، وتعتبر العربية بعربية مثلها، والأمة بأمة مثلها، والعتيقة بعتيقة مثلها، وينظر إلى شرف السيد وَخِسَّته.
فرع: لو كانت نساء العصبات ببلدين هي في أحدهما ـ اعتبر نساء بلدها إن استويا.
ويعتبر ما يختلف به غرض كسن، وَعَقْلٍ، وَيَسَارٍ، وَبَكَارَةٍ، وثيوبة، وَجَمَالٍ، وعفة وعلم، وفصاحة، فإن اختصت عنهن بفضل، أو نقص: فرض مهر لائق بالحال بحسب ما يراه قاض باجتهاده ولو جرت عادتهن بالتخفيف في المهر للأقارب فقط، أو لعالم، أو شريف اعتبر ذلك في المطلوب مهرها بالنسبة لما ذكر دون غيرهم.
والمفروض الصحيح، كالمسمى فينْتَظِرُ بالطلاق قبل الوطء، ولو طلق قبل فرض ووطء، فلا شطر .

معرفته، في مَوَاضِعَ: منها: المُفَوَّضَةُ، فإنا نوجب مَهْرَ المِثْلِ فيها بالعَقْدِ، أو الوَطْءِ، أو الموت.

ومنها التَّفْوِيضُ الفَاسِدُ، وتسمية الصَّدَاق الفاسد.

ومنها إذا نَكَحَ نِسْوَةً على صَدَاقٍ وَاحِدٍ، وقلنا: يصح، ويُوَزَّعُ على مهور أمثالهن [وفي وطء الشبهة والإكراه على الزنا][١] وفيه مسائل:

الأولى: مَهْرُ المِثْلِ هو القَدْرُ الذي يرغب به في أمثالها، والرُّكْنُ الأعظم في الباب النَّسَبُ[٢]، فينظر إلى نِسَاءِ عَصَبَاتِهَا، وهن اللَّوَاتِي يَنْتَسِبْنَ إلى من تَنْتَسِبُ هذه إليه؛ كالأَخَوَاتِ، وبنات الإخوة والعَمَّات، وبنات الأَعْمَام، ولا ينظر إلى ذَوَاتِ الأَرْحَام؛ لأن المَهْرَ مما يقع المُفَاخَرَةُ به، فكان كالكَفَاءَةِ في النِّكَاحِ، بخلاف ما ذكرنا في الحَيْضِ، أن المُبْتَدِئة تَرُدُّ إلى عادة نِسَاءِ عَشِيرَتِهَا من الأَبَوَيْنِ، على أظهر الوجوه؛ تَفْرِيعاً على الرَّدِّ إلى الغالب؛ لأن ذلك أَمْرٌ يرجع إلى الخِلْقَةِ والجِبِلَّةِ، والأب والأم يشتركان فيه، ويُرَاعَى في نِسَاءِ العَصَبَات قُرْبُ الدَّرَجَةِ، وأقربهن الأخوات من الأبوين، ثم من الأَبِ ثم بَنَاتِ الإخوة من الأَبَوَيْنِ، ثم من الأَبِ ثم العمات كذلك، ثم بَنَات الأَعْمَام، فإن تَعَذَّرَ للاعتبار بنساء العَصَبَاتِ، فَيُعْتَبَرُ بذَوَاتِ الأَرْحَام كالجَدَّاتِ والخَالاَتِ، وتُقَدَّمُ القُرْبَى فالقُرْبَى، من الجهات، وكذلك تُقَدَّمُ القُرْبَى فالقربى من ذَوَاتِ الجِهَةِ[٣] الواحدة كالجدات، ولا يجيء تَعَذُّرَ الاعْتِبَارُ بِنِسَاءِ العَصَبَاتِ بموتهن، بل يُعْتَبَرُ بهن، وإن كن مَيِّتَاتٍ كذلك ذَكَرَهُ صاحب «التهذيب» وغيره، وإنما يجيء التَّعَذُّرُ من فَقْدِهِنَّ من الأَصْلِ، وقد يكون لِلْجَهْلِ بِمِقْدَارِ مَهْرِهِنَّ، أو لأنهن لم ينكحن وإن لم يمكن الاعْتِبَارُ بِذَوِي الأَرْحَام أيضاً، اعتبر بِمِثْلِهَا من نِسَاءِ الأَجَانِب، وكذا إذا لم يكن نَسَبُ المَرْأَةِ مَعْلُوماً، وتعتبر مَهْرُ العربية بِعَرَبِيَّةٍ مِثْلِهَا والأَمَةِ بِأَمَةٍ مِثْلِهَا.

وقيل: ينظر إلى شَرَفِ السَّيِّدِ، وخِسَّتِه، ومَهْرِ المعتقة بِمُعْتَقَةٍ مِثْلِهَا.

وقيل: يجب الشطر بناء على وجوب مهل المثل بالعقد، ولو مات أحدهما قبلهما لم يجب مهر مثل في الأظهر كذا قاله الرَّافِعِيُّ، واعتمد النووي، ووجوبه، لأن الموت كالوطء في تقرير المسمى، فكذا في إيجاب مهر المثل في التفويض، وَقَدْ روى أبو داود، وغيره: أن بروع بنت واثق نكحت بلا مهر، فمات زوجها قبل أن يفرض لها، فقضى لها رَسُولُ اللَّهِ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم ـ بِمَهْرِ نِسَائِهَا وَبِالْمِيرَاثِ» قال الترمذي: حسن صحيح.

(١) سقط في: أ.

(٢) لوقوع التفاخر به كالكفاءة في النكاح.

ظاهر كلام الأكثرين كالمصنف اعتبار النسب في العجم كالعرب، وهو كذلك. لأن الرغبات تختلف بالنسب مطلقاً، ومنع القفال والعبادي اعتبار النسب في العجم.

(٣) في ب: الحرفة.

وفي وجه: أنه يُعْتَبَرُ مَهْرُ المعتقة بنساء المَوَالِي، كما اعْتُبِرَ مَهْرُ الحُرَّةِ بِنِسَاءِ عَصَبَاتِ القَرَابَةِ.

الثانية: ينظر مع ما ذكرنا إلى البَلَدِ، فيعتبر مهر نساء عَصَبَاتِهَا في تلك البلدة وإن كان بَعْضُهُنَّ في بَلْدَةٍ أخرى، فلا عِبْرَةَ بمن في تلك البَلْدَةِ، ويعتبر أن يكون المَطْلُوبُ مَهْرُهَا مِثْلَ التي يعتبر مَهْرُ نِسَاءِ عَصَبَاتِهَا في تلك البَلَدِ، وإن كان بَعْضُهُنَّ في بَلْدَةٍ أخرى، فلا عِبْرَةَ بمن في تلك البَلْدَةِ، فإن عَادَاتِ البِلاَدِ في المَهْرِ مُخْتَلِفَةٌ، وإن كان جميعهن بِبَلْدَةٍ أخرى، فالاعْتِبَارُ بهن أَوْلَى من الاعتبار بالأَجْنَبِيَّاتِ في تلك البلدة، ويعتبر أن يكون المَطْلُوبُ مَهْرُهَا مِثْلَ التي تعتبر بها في الصِّفَاتِ المَرْغُوبِ فيها كالعِفَّةِ والجَمَالِ؛ لأن الرَّغَبَاتِ في الجميلة أكثر، وليس كما في الكَفَاءَةِ، فإن المَرْعِيَّ هناك التَّحَرُّزُ عما يُوجِبُ عَاراً.

ومنها السِّنُّ واليَسَارُ والعَقْلُ، لأن الرَّغْبَةَ في المُوسِرَةِ أكثر؛ لِتَوَقُّعِ الرِّفْقِ منها، وانتفاع الأولاد بِمَالِهَا، كذا البَكَارَةُ وسَائِرُ الصِّفَاتِ التي تختلف بها الأَغْرَاضُ[1]، وتزداد الرَّغَبَاتُ كالعِلْمِ والفَصَاحَةِ، والصَّرَاحَةِ، وهي أن يكون الشخص شَرِيفَ الأَبَوَيْنِ، والهَجِينُ الذي أبوه شَرِيفٌ دون أُمِّهِ، وفيما علق عن الإِمَامِ التَّسْوِيَةُ بين البِكْرِ والثَّيِّبِ إذا كان لها شَرَفُ النَّسَبِ، وفيه حكاية وجه أن لا اعْتِبَارَ باليَسَارِ، والظاهر ما سَبَقَ ومهما اخْتَصَّتِ المَرْأَةُ بصفة مَرْغُوبٍ فيها، زِيدَ في مَهْرِهَا، وإن وُجِدَ فيها نَقْصٌ لم يوجد في النِّسْوَةِ المَنْظُورِ إليهن، فينقص من المَهْرِ بقدر ما يَلِيقُ به.

الثالثة: الاعْتِبَارُ بِغَالِبِ حَالِ النِّسْوَةِ المنظور إليهن، فلو سامحت واحدة منهن لم يَلْزَمِ البَاقِيَاتِ التَّخْفِيف، إلا أن تكون المُسَامَحَةُ لِنَقِيصَةٍ دخلت في النَّسَبِ، وفَتَرَتِ الرَّغَبَاتُ.

ومَهْرُ المِثْلِ يجب حَالاً من نَقْدِ البَلَدِ كقيمة المُتْلَفَاتِ، وإن رَضِيَتِ المَرْأَةُ بالتَّأْجِيلِ لا يُوجِبُهُ الحَاكِمُ مُؤَجَّلاً، لكنها تسامح بالتأخير، إن شَاءَتْ، وإن كانت النِّسْوَةُ المعتبر بهن، ينكحن بِمُؤَجَّلٍ، أو بِصَدَاقٍ بعضه مُؤَجَّلٌ، فلا يؤَجِّلُ الحاكم أيضاً، لكن ينقص بقدر ما يقابل التَّأْجِيلَ، وإن جَرَتْ عَادَتُهُنَّ بالتَّخْفِيفِ، مع العَشِيرَةِ دُونَ غيرهم خَفَّفْنَا مَهْرَ التي نطلب مَهْرَهَا في حَقِّ العشيرة، دون غيرهم وكذا لو كُنَّ يخففن إذا كان الخَاطِبُ شَرِيفاً، يُخَفَّفُ في حَقِّ الشَّرِيفِ دون غيره.

وعن الشيخ أبي مُحَمَّدٍ: أنه لا يَلْزَمُ التَّخْفِيفُ في حَقِّ العَشِيرَةِ، والشريف، كما أن قِيَمَ الأَمْوَالِ لا تختلف بين أن يكون المُتْلِفُ صَدِيقاً أو قَرِيباً أو غيرها.

---

(١) لأن المهور تختلف باختلاف هذه الصفات.
ويعتبر حال الزوج أيضاً من يسار وعلم وعفة ونحوها كما قاله الفارقي.

ونقل القاضي الرُّويَانِيُّ عن الشيخ أنه قال: مَهْرُ المِثْلِ الوَاجِبُ بالعقد، يجوز أن يَخْتَلِفَ حُكْمُهُ، أما الواجب بالإِتْلاَفِ، فلا ينبغي أن يَخْتَلِفَ.

قال القاضي: وبهذا أَقُولُ، والفَرْقُ على ظاهر المذهب بينه وبين قِيَمِ الأَمْوَالِ؛ أن المَقْصُودَ الأَعْظَمَ من النكاح الوَصْلَةُ، فَيُرَاعَى فيه ما يكون أَدْعَى إلى التَّأَلُّفِ، وهناك المَقْصُودُ المَالُ.

«فَرْعٌ»

تَقَادُمُ العَهْدِ لا يُوجِبُ سُقُوطَ مَهْرِ المِثْلِ، كما لا يُسْقِطُ قِيَمَ الأموال وإن احْتِيجَ فيها إلى مَعْرِفَةِ الصفات وعَسِرَ الوُقُوفُ عليها، إذا تَقَادَمَ العَهْدُ عن أبي حنيفة أنه يسقط مَهْرُ المِثْلِ، باعتبار يوم الوَطْء لا يوم العقد.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **والوَطْءُ فِي النِّكَاحِ الفَاسِدِ يُوجِبُ مَهْرَ المِثْلِ بِاعْتِبَارِ يَوْمِ الوَطْءِ لاَ يَوْمِ العَقْدِ، فَإِذَا اتَّحَدَتِ الشُّبْهَةُ اتَّحَدَ المَهْرُ وَإِنْ وَطِيءَ مِرَاراً، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ شُبْهَةٌ كَوَطَآتِ الزَّانِي المُكْرِهِ وَجَبَ بِكُلِّ وَطْأَةٍ مَهْرٌ، وَالأَبُ إِذَا وَطِيءَ جَارِيَةَ ابْنِهِ مِرَاراً فَفِي الاكْتِفَاءِ بِمَهْرٍ وَاحِدٍ وَجْهَانِ، وَوَجْهُهُ شُمُولُ شُبْهَةِ الإِعْفَافِ، وَإِذَا وَجَبَ مَهْرٌ وَاحِدٌ بِوَطَآتٍ فَيُعْتَبَرُ عَلَى الأَحْوَالِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه مسألتان:

إحداهما: الوَطْءُ في النكاح الفَاسِدِ يُوجِبُ مَهْرَ المِثْلِ، باعتبار يوم الوَطْءِ[1] بالشُّبْهَةِ، ولا يعتبر يوم العَقْدِ، لأنه لا حُرْمَةَ لِلْعَقْدِ الفاسد، فلا يجب به شَيْءٌ، وإنما يَجِبُ ما يجب بالإِتْلاَفِ، فينظر إلى يوم الإِتْلاَفِ، وليس كما لو وَطِيءَ في صُورَةِ التَّفْوِيضِ، حيث يُعْتَبَرُ بيوم العَقْدِ، على رَأْيٍ قدمناه.

الثانية: إذا وَطِيءَ مِرَاراً بِشُبْهَةٍ واحدة، أو في نِكَاحٍ فَاسِدٍ، لم يجب إلا مَهْرٌ وَاحِدٌ، كما أن الوَطَآتِ في النِّكَاحِ الصحيح، لا تَقْتَضِي إلا مَهْراً وَاحِداً وإن وَطِيءَ بِشُبْهَةٍ، وزالت تلك الشُّبْهَةُ، فَوَطِيءَ بِشُبْهَةٍ أخرى، وجب مَهْرَانِ، وإذا لم تكن شُبْهَةٌ، كما لو أَكْرَهَ امْرَأَةً على الزِّنَا، وَوَطِئَهَا مِرَاراً، وجب بكل وَطْءٍ مَهْرٌ، لأن الوُجُوبَ ههنا بالإِتْلاَفِ، وقد تَعَدَّدَ الإِتْلاَفُ، وإذا وَطِيءَ الأَبُ جَارِيَةَ الابن مِرَاراً من غير إِحْبَالٍ، فقد أَطْلَقَ في الكتاب وجهين:

أحدهما: أنه يَجِبُ بكل وطء مَهْرٌ؛ لِتَعَدد الإِتْلاَفِ في مِلْكِ الغَيْرِ، مع العلم بحقيقة الحال.

---

(١) لأنه وقت الاتلاف.

وأشبههما: أنه لا يَجِبُ إلا مَهْرٌ واحد؛ لأن الشُّبْهَةَ، وهي وُجُوبُ الإعْفَافِ شَامِلَةٌ لجميع الوَطَئَاتِ، وخصص في «التهذيب» الوَجْهَيْنِ بما إذا اتَّحَدَ المَجْلِسُ، وحكم بالتَّكْرَارِ عند اخْتِلاَفِ المجلس، وَوَطِيءَ أَحَدُ الشريكين الجَارِيَةَ المُشْتَرَكَةَ، وَوَطِيءَ السَّيِّدُ المُكَاتَبَةَ مِرَاراً كَوَطَئَاتِ جَارِيَةِ الابن، وإذا وجب مَهْرٌ واحد بِوَطَئَاتٍ، فينظر إلى أعلى الأَحْوَالِ، ويكون الوَاجِبُ مَهْرَ تلك الحالة؛ لأنه لو لم يُوجَدْ إلا الوَطْئَةُ الوَاقِعَةُ في تلك الحَالَةِ لَوَجَبَ ذلك المَهْرُ، فالوطئات البَاقِيَةُ إذا لم تَقْتَضِ زِيَادَةً لا توجب نُقْصَاناً.

البَابُ الرَّابِعُ فِي التَّشْطِيرِ، وَفِيهِ فُصُولٌ

قَالَ الغَزَالِيُّ: **(الأَوَّلُ فِي مَحَلِّهِ وَحُكْمِهِ) وَنَقُولُ: ارْتِفَاعُ النِّكَاحِ قَبْلَ المَسِيسِ لاَ بِسَبَبٍ مِنْ جِهَتِهَا يُوجِبُ تَشْطِيرَ الصَّدَاقِ الثَّابِتِ، بِتَسْمِيَةٍ مَقْرُونَةٍ بِالعَقْدِ صَحِيحَةٍ أَوْ فَاسِدَةٍ أَوْ بِفَرْضٍ صَحِيحٍ بَعْدَ العَقْدِ كَمَا فِي المُفَوَّضَةِ، وَيَسْتَوِي فِيهِ كُلُّ فِرَاقٍ، وَإِنَّمَا يَسْقُطُ جَمِيعُ المَهْرِ قَبْلَ المَسِيسِ بِفَسْخِهَا بِعَيْبِهِ أَوْ فَسْخِهِ بِعَيْبِهَا.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الطلاق قبل الدُّخُول يوجب تَشْطِيرَ الصَّدَاقِ بين الزَّوْجَيْنِ، قال الله تعالى: **﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾** [البقرة: ٢٣٧] ووجه ذلك من جِهَةِ المعنى؛ بأن ارْتِفَاعَ العَقْدِ قبل تَسْلِيمِ المعقود عليه، يُسْقِطُ جميع العِوَضِ، كما في البيع والإِجَارَةِ، إلا أَنَّا قُلْنَا بِسُقُوطِ البَعْضِ، دون البعض لتقريبين:

أحدهما: أن الزَّوْجَةَ كالمُسلمة إلى الزوج بنفس العَقْدِ؛ لأن التَّصَرُّفَاتِ التي يَمْلِكُهَا الزوج تَنْفُذُ من وقت النِّكَاحِ، ولا تَتَوَقَّفُ على القَبْضِ، فمن حيث إنه نَفَذَتِ التَّصَرُّفَاتُ اسْتَقَرَّ بعض العِوَضِ، ومن حيث إنه لم يَتَّصِلْ بالمقصود سَقَطَ بَعْضُهُ.

والثاني: أنا لو حَكَمْنَا بِسُقُوطِ جَمِيعِ المَهْرِ لاحْتَجْنَا إلى إِيجَابِ شيء لِلْمُتْعَةِ، فكان إِبْقَاءُ شيء مما هو واجب أَوْلَى من إِثْبَاتِ ما ليس بِوَاجِبٍ.

وإذا عرفت ذلك فَاعْلَمْ أن كَلاَمَ الباب مُرَتَّبٌ على فصول:

أحدها: في موضع التَّشْطِيرِ، وكيفيته، أما المَوْضِعُ ففيه مسألتان:

إحداهما: الخُلْعُ كالطَّلاَقِ في اقْتِضَاءِ التَّشْطِيرِ، لأن الخُلْعَ، وإن كان يَتِمُّ بها فالمُغَلَّبُ فيه جَانِبُ الزوج؛ لأن المَقْصُودَ الأَصْلِيَّ منه الفِرَاقُ، وهو مستقلٌ به، ولأنه يَتَمَكَّنُ من الخُلْع مع الأجنبي، وكذلك يَتَشَطَّرُ المَهْرُ لو فُوِّضَ إليها، فَطَلَّقَتْ نفسها، أو عَلَّقَ طَلاَقَهَا على دخولها، فدخلت، أو طَلَّقَهَا بعد انْقِضَاءِ مدة الإِيلاَءِ بطلبها، وكذلك

يَتَشَطَّرُ المَهْرُ بكل فُرْقَةٍ حصلت قبل الدُّخُولِ، لا بسبب من جِهَةِ المَرْأَةِ، كما إذا أَسْلَمَ الرجل، أو ارْتَدَّ، أو أرضعت أم الزوجة الزَّوْجَ وهو صَغِيرٌ، أو أم الزوج، أو ابنته الزوجة، وهي صَغِيرَةٌ أو وَطِئَهَا ابْنُ الزوج، أو أبوه بِشُبْهَةٍ، وهي تَظُنُّهُ زَوْجاً لها، أو قَذَفَ الزوجة ولاَعَنَهَا[1]، فأما إذا كان الفِرَاقُ منها أو بِسَبَبٍ فيها، كما إذا أَسْلَمَتْ أو ارْتَدَّتْ، أو فَسَخَتِ النِّكَاحَ بِخِيَارِ العِتْقِ، أو بِعَيْبٍ في الزوج، أو كانت تحته صَغِيرَةً فأرضعتها، وصارت أُمَّ زوجته، أو فسخ الزَّوْجُ النِّكَاحَ بِعَيْبِهَا، فيسقط جَمِيعُ المَهْرِ على ما مَرَّ وانفساخ النكاح بشراء الزَّوْجَةِ زَوْجَهَا، يسقط جَمِيعُ المَهْرِ، على الأَصَحِّ وشراء

---

(١) قال في المهمات: كلامه يشعر بأن إرضاع بنت الزوج ليس كذلك، فإنه اقتصر على أم الزوج مع ذكره إرضاع الزوجة بنت الزوج، وليس كذلك لأن بنت الزوجة إذا أرضعت الزوج صارت الزوجة جدته فحصلت الفرقة بالرضاع، وتشطر المهر فكان ينبغي أن يقول أو أرضعت لم أحد الزوجين أو بنته الآخر وهو صغير.

قال في التوسط: لم يرد الرافعي وكان الأدب أن يقول: الأحسن أن يقال كذا وكذا، ودعواه أن كلامه اقتضى إخراج بنت الزوجة غير صحيح، بل هو ساكت عنها، وقال في الخادم: تصويره الإرضاع بما إذا كان لا من جهتها على الأصح لانفساخه بفعلها، وقيل تستحقه لأنه لا غيره بفعلها، وحكى الغزالي عن الأصحاب خلافاً فيما لو طيرت الريح أن في الخامسة إلى فيها فابتلعتها. وقال في الخادم أيضاً: بقي من الصور قسمان:

أحدهما: أن يكون الفسخ بسببهما جميعاً كردتهما معاً، وحكى الماوردي في باب ارتداد الزوجين فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يشطر تغليباً لجانب الرجل كالمخالعة. **والثاني:** يسقط كله لإعانتها على سبب الفرقة. **والثالث:** لها ربع المهر لاشتراكهما في الفسخ فسقط من النصف نصفه؛ لأنه في مقابلة ردة الزوجة، وهذا الثالث غريب وليس له صورة يسقط فيها ثلاثة أرباع الصداق بالفرقة قبل الدخول إلا هذه على وجه، ثم الظاهر ترجيح الثاني، والفرق بينه وبين المخالفة أن الزوج سلطها على الفرقة فنسبة الفرقة إلى الدفع بخلاف الردة واحدة من كلام شيخه البلقيني، وسيأتي في باب المتعة إن شاء الله أن الرافعي ذكر ما إذا ارتدا معاً.

القسم الثاني ما إذا كان لا من جهة واحد منهما وهي مسألة ابن الحداد والقفال ولم يذكرها الرافعي في هذا الباب وابن الحداد يقول فيها بالسقوط دائماً. والقفال بالشطر، ومن صورها ما إذا أسلم أبو الصغيرة فانفسخ النكاح، قال ابن الحداد يسقط وقال القفال: ينشطر، كذا ذكره في شرح الفروع ونقله الشيخ أبو علي والإمام عن بعض الأصحاب ولم يصرحا بذكر القفال، يقول ابن الحداد في هذه إذ قال في باب المتعة فيما إذا وقع إسلامهما معاً أنه لا متعة لها كما لو أسلمت بنفسها فجعل ذلك فرقة كافية من جهتها، لكن رجح فيما إذا ورث زوجته أو بعضها عدم سقوط المهر، وصرح بمخالفة ابن الحداد فيه وهو يقتضي إيجابه الشطر، كذا قاله في كتاب النكاح في فصل الدوريات، وينبغي أن يجب على مباشرة للإسلام مهر المثل لأنه أبطل نكاح غيره بإسلامه، وإن كان واجباً عليه كما في نظيره من الرضاع الواجب، وفي هذا البحث نظر، والظاهر خلاف ما قاله فإنه أدى فرضاً مضيقاً عليه أحسن بأدائه.

الزوج زَوْجَتَهُ يوجب التَّشْطِيرَ على الأَصَحِّ[(١)].

المَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ: لو طَلَّقَ المُفَوِّضَة قبل الدُّخُولِ والفرض، فالقول في التَّشْطِيرِ قد سَلَفَ وأما غير المُفَوِّضَةِ، فكل صَدَاقٍ وَاجِبٍ، وَرَدَ عليه الطَّلاَقُ قبل الدخول شَطَّرَهُ سواء فيه المُسَمَّى الصَّحِيحُ في العقد، والمفروض بعده، ومهر المِثْلِ إذا جَرَتْ تَسْمِيَةٌ فَاسِدَةٌ في العقد؛ لأن الله ـ تعالى ـ قال: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] والفرض التقدير، وكُلُّ واحد من المُسَمَّى في العَقْدِ وبعده مَفْرُوضٌ مُقَدَّرٌ، فَيَدْخُلُ تحت الآية إذا كانت التَّسْمِيَةُ الفَاسِدَةُ توجب مَهْرَ المِثْلِ كانت كالتقدير بِمَهْرِ المِثْلِ. وعند أبي حَنِيفَةَ: لا يشطر المَفْرُوض بعد العَقْدِ، ولا مَهْرُ المِثْلِ الوَاجِبُ بالتسمية الفاسدة.

وقوله في الكتاب: «ارتفاع النِّكَاح» يدخل فيه الطَّلاَقُ، وسَائِرُ وُجُوهِ الفِرَاقِ.

وقوله: «وَيَسْتَوِي فيه كُلُّ فراق» كالإِيضَاحِ، وإلا ففي قوله: «ارتفاع النِّكَاحِ» إلى آخره ما يُفِيدُ المَقْصُودَ، وقوله: «وإنما يَسْقُطُ جَمِيعُ المَهْرِ إلى آخره» هذا مذكور مِثَالاً لارْتِفَاعِ النِّكَاحِ، بسبب من جِهَتِهَا، وليس الغَرَضُ حَصْرَ السُّقُوطِ فيه، بل الفَسْخُ بالعِتْقِ في معناه، وكذلك شِرَاؤُهَا الزَّوْجَ على الأَصَحِّ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَمَعْنَى التَّشْطِيرِ أَنْ يَرْجِعَ المِلْكُ فِي شَطْرِ الصَّدَاقِ إِلَى الزَّوْجِ بِمُجَرَّدِ الطَّلاَقِ، وَفِيهِ وَجْهٌ: أَنَّهُ يَثْبُتُ لَهُ خِيَارُ الرُّجُوعِ فِي النِّصْفِ حَتَّى لَوْ طَلَّقَهَا عَلَى كَمَالِ المَهْرِ سَلَّمَ لَهَا وَكَأَنَّهُ رَضِيَ بِسُقُوطِ حَقِّهِ، وَلَوْ قَالَ: أَسْقَطْتُ خِيَارِي فَيُحْتَمَلُ أَنْ لاَ يَسْقُطَ كَخِيَارِ الرُّجُوعِ فِي الهِبَةِ (فَرْعٌ): لَوْ تَلِفَ الصَّدَاقُ فِي يَدِهَا بَعْدَ الانْقِلاَبِ إِلَيْهِ فَفِي الضَّمَانِ عَلَيْهَا وَجْهَانِ: لأَنَّهُ مِنْ وَجْهٍ كَالمَبِيعِ، وَمِنْ وَجْهٍ كَالمَوْهُوبِ بَعْدَ الرُّجُوعِ، وَلَوْ تَلِفَ فِي يَدِهَا بَعْدَ رُجُوعِ الكُلِّ بِالفَسْخِ فَهُوَ مَضْمُونٌ لأَنَّ ذَلِكَ بِحُكْمِ تَرَادِّ العِوَضَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: اعلم أن الفَصْلَ الأَوَّلَ من الباب مَعْقُودٌ لبيان جملتين:

إحداها: مَحَلُّ التَّشْطِيرِ، وقد تَقَدَّمَتْ.

والثانية: تَرْجَمَهَا بِحُكْمِ التَّشْطِيرِ، ولو ترجمها بكيفية التَّشْطِيرِ، لكان أَلْيَقَ، وذلك لأن في كَيْفِيَّةِ التَّشَطُّرِ بالطَّلاَقِ وجهين معروفين للأصحاب:

---

(١) قال في الخادم: هذا خاص بالملك من جهة الشراء ونحوه من أسباب المعاوضات فلو استرق الزوج الحربي قبل الدخول زوجته الحربية، وكان صداقها ديناً عليه فإنه يسقط المهر جميعاً، لكن ليس نقد لخصوص الصداق، بل لأنه يسقط دين الحربي على من استرده بالسبي مطلقاً وليس لنا فرق قبل الدخول لا يسبب من جهة الزوجة يسقط فيها المسمى كله إلا في هذه.

أصحهما: أنه يَعُودِ نِصْفُ الصَّدَاقِ إليه[١] بنفس الطَّلاَقِ؛ لقوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] أي: فلكم نِصْفُ ما فَرَضْتُمْ، فهو كقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ﴾ [النساء: ١٢] ولأن ما يُؤَثِّرُ في كُلِّ الصَّدَاقِ كالرِّدَّةِ والفسخ بالعِتْقِ والعيب يُؤَثِّرُ بنفسه، ولا يَتَعَلَّقُ بالاختيار فكذلك ما يُؤَثِّرُ في النصف.

والثاني: وبه قال أبو إِسْحَاقَ وفي بعض الشُّرُوحِ نِسْبَتُهُ إلى ابن سُرَيْجٍ أيضاً: أن الطلاق يُثْبِتُ له خِيَارَ الرجوعِ في النِّصْفِ، فإن شاء تَمَلَّكَهُ، وإلا تَرَكَهُ، كالشَّفِيعِ تثبت له حَقّ الشُّفْعَةِ بِالشِّرَاءِ، ولا يُشْتَرَطُ لرجوع النصف قَضَاءُ القاضي بأنه له على ظَاهِرِ المَذْهَبِ.

وفي «المختصر» لفظة مُشْكِلَةٌ تُشعر باشتراطه، وذكر العبادي أن أَبَا الفَضْلِ القَاشَانِيَّ الزَّاهِدَ حكاه قَوْلاً عن القديم، ومنهم من حَكَى الاشْتِرَاطَ وَجْهاً، وامتنع المُعْظَمُ من إِثْبَاتِهِ قولاً، أو وجهاً وقَطَعُوا بالأَوَّلِ، وأَوَّلُوا تلك اللَّفْظَةَ، فإذا قلنا: إنه يَثْبُتُ الخِيَارُ، ويحصل المِلْكُ بالاختيار، فلو أنه طَلَّقَهَا على أن يَسَلِّمَ لها كُلَّ الصَّدَاقِ، فهذا إعراض منه عن المَهْرِ، ورضا بسقوط حَقِّهِ، فيسلم لها جَمِيعَهُ، وعلى الوجه الأصح يَتَشَطَّرُ المَهْرُ ويلْغُو فيه ما ذَكَرَهُ، كما لو أَعْتَقَ، ونَفَى الوَلاَءَ، ولو طَلَّقَ، ثم قال: أَسْقَطْتُ خِيَارِي، تَفْرِيعاً على أن الطَّلاَقَ يُثْبِتُ الخِيَارَ، فقد أشار صاحب الكتاب فيه إلى احْتِمَالَيْنِ:

أحدهما: أنه يسقط، كما أن الخِيَارَ في البَيْعِ يسقط بالإِسْقَاطِ.

وأَرْجَحُهُمَا: أنه لا يسقط، كما لو أَسْقَطَ الوَاهِبُ خِيَارَ الرجوعِ، لا يسقط، ولم يَجْرِ هذا التَّرَدُّدُ فيما إذا طَلَّقَهَا، على أن يُسَلِّمَ لها كُلَّ الصَّدَاقِ؛ تفريعاً على القول بِثُبُوتِ الخِيَارِ، ويجوز أن يسوى بين الصورتين.

ولو حَدَثَتْ زِيَادَةٌ في الصَّدَاقِ بعد الطَّلاَقِ، فعلى الوجه الأول نصفها للزوج[٢]، وعلى الوجه الآخر إذا حَدَثَتْ قبل اخْتِيَارِ التَّمَلُّك، فالكل لِلزَّوْجَةِ، كما لو حَدَثَتْ قبل الطَّلاَقِ، هذا إذا كانت الزِّيَادَةُ مِنفَصِلَةً، فإن كانت مُتَّصِلَةً، فإن قلنا: يملك النِّصْفَ بنفس الطَّلاَقِ، فالنِّصْفُ مع الزِّيَادَةِ، وإن قلنا: لا يملك إلا بالاخْتِيَارِ فوجهان:

---

(١) أي إلى الزوج إن دفعه أو وليه من أب أو جد عنه وهو صغير أو مجنون أو سفيه وإلا فيعود إلى المؤدي.

(٢) التعبير بنصف القيمة. قال الإمام: فيه تساهل وإنما هو قيمة النصف وهي أقل من ذلك، ومال إليه ابن الرفعة والسبكي وغيرهما، ونبه الأذرعي على أن الشافعي والجمهور قد عبروا بكل من العبارتين، وهذا فيهم يدل على أن مؤداهما عندهم واحد.

أحدهما: أنه يمنع الرُّجُوعِ، إلاَّبرضا المَرْأَةِ، كالزيادة المُتَّصِلَةِ الحادثة، قبل الطلاق.

وأشبههما: أن له أَنْ يَرْجِعَ فيه من غير رِضَاهَا؛ لأن هذه زِيَادَةٌ حدثت بعد تَعَلُّقِ حق الزوج به، فصار كثمر الأَشْجَارِ في الشِّقْصِ المَشْفُوعِ بعد البيع، وقبل علم الشفيع، فإن هذه الزِّيَادَةَ لا تمنع الأَخْذَ.

وإن حدث فيه نُقْصَانٌ، فإن قلنا: إنه يملك النِّصْفَ بالاخْتِيَارِ، فإن شاء أَخَذَ نِصْفَهُ نَاقِصاً، ولا أَرْشَ له، وإن شاءَ تَرَكَهُ، وأخذ بنصف قِيمَتِهِ صَحِيحاً، كما لو حدث قبل الطَّلاَقِ. وإن قلنا: يَمْلِكُ بنفس الطَّلاَقِ، فإن وجد منها تَعَدٌّ، بأن طَالَبَهَا بِرَدِّ النِّصْفِ بالنصف، فامْتَنَعَتْ، فله النِّصْفُ مع أَرْشِ النقصان، وإن تَلِفَ الكُلُّ، والحالة هذه، فعليها الضَّمَانُ، وإن لم يوجد تَعَدٍّ، فظاهر النَّصِّ أنها تُغَرَّمُ أَرْشَ النُّقْصَانِ إذا نَقَصَ، وجميع البَدَلِ، إذا تَلِفَ؛ لأن القَبْضَ كان عند مُعَاوَضَةٍ، وإذا ارْتَفَعَتِ المُعَاوَضَةُ، كان المَقْبُوضُ مَضْمُوناً عليها، كما إذا بقي المَبِيعُ يَدِ المُشْتَرِي بعد الإِقَالَةِ بهذا، أخذ أَصْحَابُنَا العراقيون، وتابعهم القاضي الرُّويَانِيُّ، وربما نَفَوْا الخِلاَفَ فيه.

وفي «الأم» نَصٌّ يُشْعِرُ بأنه لا ضَمَانَ عليه؛ لأن عَوْدَ الصَّدَاقِ إلى الزَّوْجِ ليس على طَرِيقِ الفُسُوخِ؛ إذا لو كان كذلك لَعَادَ إليه الكُلُّ، كما في البَيْعِ والإِجَارَةِ، ولكنه ابتداء مِلْكٍ حَصَلَ للزوج، والمَمْلُوكُ في يَدِهَا، بلا تَعَدٍّ، فيكون أَمَانَةً، وبهذا أجاب المَرَاوِزَةُ، فإن قلنا بالأَوَّلِ، فلو قال الزوج: حَدَثَ النُّقْصَانُ بعد الطلاق، فعليك الضَّمَانُ، وقالت: بل قَبْلَهُ، ولا ضَمَانَ، فالقول قولها؛ لأن الأَصْلَ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ، أو قوله: لأن الأَصْلَ عدَمُ النَّقْصِ حينئذٍ.

وحكى صاحب «التَّتمة» فيه وجهين:

والأول: هو الَّذِي أَوْرَدَهُ الشيخ أبو حَامِدٍ، وابن الصَّبَّاغِ، ولو رجع كُلُّ الصَّدَاقِ إلى الزوج بالفَسْخِ بالعَيْبِ، أو بأن ارْتَدَّتْ، وتَلِفَ في يدها، فهوَ مَضْمُونٌ عليها؛ لأن سَبِيلَهُ سَبِيلُ البَيْعِ يَنْفَسِخُ بإِقَالَةٍ، أو ردٍّ بِعَيْبٍ، فيكون العِوَضُ مَضْمُوناً على مَنْ هو في يَدِهِ.

قال الإمام: وحُكْمُ النِّصْفِ في صورة رِدَّةِ الرجل حُكْمُهُ عند الطَّلاَقِ، لأن ارْتِدَادَهُ إليه ليس على سَبِيلِ الفُسُوخِ؛ إذ لو كان كذلك لارْتَدَّ الكُلُّ.

وقوله في الكتاب: «بِمُجَرَّدِ الطَّلاَقِ» يجوز إِعْلاَمُهُ بالحاء؛ لما يُرْوَى عن أبي حَنِيفَةَ أنه يُمَلَّكُ بالاختيار، وقوله: «لأنه من وَجْهٍ كالمبيع» يعني إذا تَلِفَ في يَدِ المُشْتَرِي بعد الإِقَالَةِ أوردَ العوض بالعَيْبِ، ووجه الشَّبَهِ أنه انْتَقَلَ إليها في مُعَاوَضَةٍ، فيرجع لارْتِفَاعِ المُعَاوَضَةِ، وقوله: «ومن وَجْهٍ كالمَوْهُوبِ بعد الرُّجُوعِ» وجه الشبه أن عَوْدَ النِّصْفَ ليس على سَبِيلِ الفُسُوخِ، وإما هو مِلْكٌ مُبْتَدَأٌ، كالمِلْكِ في المَوْهُوبِ، إذا رجع

فيه، ويمكن أن يُشْبِهَ بالموهوب من جِهَةِ تَغْلِيبِ معنى النِّحْلَةِ في الصَّدَاقِ.

«فَرْعٌ»

حكى الإمَامُ تَفْرِيعاً على أن الزَّوْجَ يُمَلَّكُ بالاخْتِيَارِ وجهين، في أن الزَّوْجَةَ، هل تَمْلِكُ التَّصَرُّفَ قبل الاخْتِيَارِ، قال: والقياس أنها تملكه كما قَبْلَ الطَّلاَقِ، وكما أن المتَّهِبَ يَتَمَكَّنُ من التَّصَرُّفَاتِ قبيل رُجُوعِ الوَاهِبِ.

آخر: إذا كان الصَّدَاقُ دَيْناً سَقَطَ نِصْفُهُ بِمُجَرَّدِ الطَّلاَقِ، على الأَصَحِّ وعند الاختيار على الوَجْهِ الثَّانِي، ولو كان قد أَدَّى الدَّيْنَ والمؤدي باقٍ، فهل لها أن تُؤَدِّيَ قَدْرَ النِّصْفِ من موضع آخر؛ لأن العَقْدَ لم يَتَعَلَّقْ بِعَيْنِهِ، أم يتعين حقه فيه لِتَعَيُّنِهِ بالدَّفْعِ والتسليم فيه وجهان، أَقْرَبُهُمَا الثاني.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الفَصْلُ الثَّانِي فِي التَّغْيِرَاتِ قَبْلَ الطَّلاَقِ) وَذَلِكَ إِمَّا بِزِيَادَةٍ مَحْضَةٍ أَوْ نُقْصَانٍ مَحْضٍ أَوْ زِيَادَةٍ مِنْ وَجْهٍ ونُقْصَانٍ مِنْ وَجْهٍ (أَمَّا النُّقْصَانُ) كَالتَّعَيُّبِ فِي يَدِهَا فَيَثْبُتُ لَهُ الخِيَارُ إِنْ شَاءَ رَجَعَ إِلَى قِيمَةِ النِّصْفِ السَّلِيمِ، وَإِنْ شَاءَ قَنِعَ بِنِصْفِ المَعِيبِ مِنْ غَيْرِ أَرْشٍ، وَفِيهِ وَجْهٌ أَنَّ لَهُ الأَرْشَ، وَإِنْ تَعَيَّبَ فِي يَدِهِ فَلَيْسَ لَهُ إِلاَّ نِصْفُ المُعَيَّبِ؛ لأَنَّهُ نَقْصٌ مِنْ ضَمَانِهِ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ بِجِنَايَةِ جَانٍ فَالصَّحِيحُ أَنَّ لَهُ مَعَ ذَلِكَ نِصْفَ الأَرْشِ، أَمَّا الزِّيَادَةُ إِنْ كَانَتْ مُنْفَصِلَةً سُلِّمَتْ لَهَا، وَإِنْ كَانَتْ مُتَّصِلَةً امْتَنَعَ رُجُوعُهُ إِلاَّ بِرِضَاهَا، فَإِنْ أَبَتْ غُرِّمَتْ قِيمَةَ الشَّطْرِ، وَإِنْ سَمَحَتْ أُجْبِرَ (و) عَلَى القَبُولِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا أَصْدَقَ امْرَأَتَهُ عَيْناً، وطَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ، فتلك العَيْنُ عند الطَّلاَقِ، إما أن تكون تَالِفَةً، أو بَاقِيَةً.

إن كانت تَالِفَةً فالزَّوْجُ يَرْجِعُ إلى نِصْفِ مِثْلِهَا، إن كانت مِثْلِيَّةً، ونصف قيمتها إن كانت مُتَقَوَّمَةً. وإن كانت بَاقِيَةً، فإن لم يَحْدُثْ فيها تَغَيُّرٌ رجع إلى نِصْفِ العَيْنِ، كما سَبَقَ، وإن حدث تَغَيُّرٌ، وهو مَقْصُودُ الفَصْلِ وترجمته، فذلك التَّغَيُّرُ إما أن يَكُونَ بِنُقْصَانٍ مَحْضٍ، أو بزيادة مَحْضَةٍ، أو بهما، فهذه ثلاثة أقسام:

الأول: النُّقْصَانُ المَحْضُ، وهو إما نُقْصَانُ صِفَةٍ، أو نقصان جزء.

النوع الأول: نُقْصَانُ الصِّفَةِ: كالتَّعَيُّبِ بالعَمَى، والعَوَرِ، ونِسْيَانِ الحِرْفَةِ، ينظر إن حدث في يَدِهَا، فالزَّوْجُ بالخيار، إن شاء رَجَعَ إلى نِصْفِ قِيمَةِ الصَّدَاقِ سَلِيماً وأَعْرَضَ عن عَيْبِهِ، وإن شاء قَنِعَ بنصف النَّاقِصِ، ولا أَرْشَ له، كما إذا تَعَيَّبَ المَبِيعُ في يد البائع، يَتَخَيَّرُ المُشْتَرِي بين أن يَفْسَخَ المبيع، ويَسْتَرِدُّ الثمن، وبين أن يَقْنَعَ بالمَعِيبِ، ولا أَرْشَ له، وليس ما نحن فيه، كما إذا نَقَصَ الصَّدَاقُ في يَدِ الزَّوْجِ، وأجازت

الزَّوْجَةُ، فإنها تُغَرِّمُهُ الأَرْشَ، على قول ضَمَانِ اليَدِ، وذلك لأن الصَّدَاقَ في يَدِهِ ملك لها، وهو مَضْمُونٌ عليه، فجاز تَضْمِينُهُ الأَرْشَ، وههنا الصَّدَاقُ ملكها في يَدِهَا، فكيف يضمنها أَرْش النُّقْصَانِ، هذا ما يوجد للأصحاب في المَسْأَلَةِ قال الإمام: ويُحْتَمَلُ أن يقال: عليها الأَرْشُ؛ لأنه لو تَلِفَ في يدها، لَرَجَعَ الزَّوْجُ إلى نِصْفِ القيمة، ومن يغرم القيمة عند التَّلَفِ، لا يبعد أن يُغَرَّمَ الأَرْشَ، عند النقصان، وكون النقصان في مِلْكِهَا يجوز ألا يمنع التَّغْرِيمَ عند الرجوع، ألا تَرَى أنه إذا اشْتَرَى عَبْداً بِجَارِيَةٍ، وتَقَابَضَا، ثم وجد مُشْتَرِي العَبْدِ بالعبد عَيْباً فَرَدَّهُ، وبالجارية عَيْبٌ حَادِثٌ. فإنه يَسْتَرِدُّهَا مع الأَرْشِ، على رَأْيٍ.

وإن كان النُّقْصَانُ حَادِثاً في مِلْكِهِ ويده، وأقام صاحب الكتاب ها هنا، وفي «الوسيط» هذا الاحْتِمَالَ وَجْهاً، وذكره مع ظَاهِرِ المَذْهَبِ.

وإن حدث النُّقْصَانُ في يَدِهِ، قبل أن تقبض المَرْأَةُ، فأجازت فله عند الطَّلاَقِ نِصْفُهُ ناقصاً، وليس له الخِيَارُ، ولا طلب الأرش، فإنه نقص وهو من ضَمَانِهِ، نعم لو حَدَثَ النُّقْصَانُ بِجِنَايَةِ جَانٍ، وأخذت منه الأَرْشَ فوجهان:

أصحهما: أنه يرجع إلى نِصْفِ الأَرْشِ مع نِصْفِ العَيْنِ، لأن الأَرْشَ بَدَلُ الفَائِتِ، ولو بقي الصَّدَاقُ بحاله، لأَخَذَ نِصْفَهُ.

والثاني: أنه لا شَيْءَ له من الأَرْشِ، لأن الفَوَاتَ كان من ضَمَانِ الزَّوْجِ، وهي أخذت الأَرْشَ بِحَقِّ الملك، فلا يعتبر في حَقِّهِ، ويجعل ما أخذته كزيادة مُنْفَصِلَةٍ.

النوع الثاني: نُقْصَانُ الجزء، كما إذا أَصْدَقَهَا عَبْدَيْنِ، وقبضتهما، فَتَلِفَ أحدهما في يدها، ثم طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ، قال في «التهذيب»: فيه قولان:

أصحهما: أن الزَّوْجَ يرجع إلى نِصْفِ الباقي، ونِصْفِ قِيمَةِ التَّالِفِ.

والثاني: أنه يَأْخُذُ الباقي بِحَقِّهِ، إن اسْتَوَتْ قيمتهما.

وقول ثالث: وهو أنه يَتَخَيَّرُ بين أن يَأْخُذَ نِصْفَ الباقي، ونِصْفَ قيمة التَّالِفِ، وبين أن يأخذ نِصْفَ قيمة العبدين، ويَتْرُكَ الباقي.

«القِسْمُ الثَّاني: الزِّيَادَةُ المَحْضَةُ»

وهي إما مُنْفَصِلَةٌ كالوَلَدِ واللَّبَنِ والكَسْبِ، فيسلم للمرأة، سواء حَصَلَتْ في يَدِهَا، أو في يَدِ الزَّوْجِ، ويَخْتَصُّ الرجوع بنصف الأَصْلِ[1].

---

(١) لأن الزيادة حدثت في ملكها، والطلاق إنما يقطع ملكها من حين وجوده لا من أصله.

وعن أبي حنيفة: أن الزِّيَادَةَ إن حَدَثَتْ قبل تَسْلِيمِ الصَّدَاقِ إليها، رجع الزَّوْجُ في نِصْفِ الأَصْلِ، ونصف الزيادة، وإن حَدَثَتْ بعد التسليم، فينظر إن لم تَحْدُثِ الزِّيَادَةُ في العَيْنِ، كالكَسْبِ والولد، فيسلّم لها، ويَخْتَصُّ الرُّجُوعُ بنصف الأَصْلِ، وإن حَدَثَتْ في العَيْنِ منعت الرجوع إلى عَيْنِ الصَّدَاقِ، كما ذَكَرَهُ في الرَّدِّ بالعَيْبِ، ثم في «الشامل» و«التتمة» أن الذي قُلْنَا: إن الوَلَدَ يبقى لها، ويرجع الزَّوْجُ بِنِصْفِ الأَصْلِ مفروض في غير الجَوَارِي، وأما في الجَوَارِي، فليس له الرُّجُوعُ في نصف الأم؛ لأنه يَتَضَمَّنُ التَّفرِيقَ بين الأم والولد في بعض الزَّمَانِ، لكنه يرجع إلى القِيمَةِ، فإن ساعدته المَرْأَةُ وَرَضِيَتْ برجوعه إلى نِصْفِ الأم، فهو كالتَّفْرِيقِ بين الولد والأُمِّ بالبيع.

وإن كانت الزِّيَادَةُ مُتَّصِلَةً كالسِّمَنِ، وتَعَلُّمِ القُرْآنِ، والحِرْفَةِ، فلا يَسْتَقِلُّ الزوج بالرجوع إلى عَيْنِ الصَّدَاقِ، ولكن الخيار لها[1]، فإن أَبَتْ لم تُجْبَرْ عليه، ويرجع الزَّوْجُ إلى نِصْفِ القيمة من غير تلك الزيادة، وإن سمحت أُجْبِرَ على القَبُولِ، ولم يكن له طَلَبُ القِيمَةِ.

وفي «المجرد» للحناطي وجه: أنه لا يُجْبَرُ على القَبُولِ؛ لما فيه من المِنَّةِ، والظَّاهِرُ الأول، والزِّيَادَةُ المُتَّصِلَةُ لا تفرد بالتصرف، بل هي تَابِعَةٌ فلا تَعْظُمُ فيها المِنَّةُ.

قال الأصحاب: ولا تَمْنَعُ الزِّيَادَةُ المتصلة الاسْتِقْلاَلَ بالرجوع، إلا في هذا الموضع، فأما في سَائِرِ الأُصُولِ، فإنها لا تمنع، كما إذا أَفْلَسَ المشتري بالثَّمَنِ يرجع البَائِعُ في المبيع، مع الزِّيَادَةِ المتصلة، وكذا الوَاهِبُ يرجع في المَوْهُوبِ مع الزيادة المُتَّصِلَة، والمشتري إذا رَدَّ المَبِيعَ بالعيب، يرجع في العِوَضِ مع الزيادة المُتَّصِلَةِ، فهؤلاء يستقلون بالرجوع معها، وفَرَّقُوا بأن المِلْكَ في هذه المَسَائِلِ يَرْجِعُ بطريق الفَسْخِ، والفسخ إما أن يَرْفَعَ العَقْدَ من أَصْلِهِ، أو لا يرفع، إن رفعه، فكأنه لا عَقْدَ، وحدثت الزِّيَادَةُ على مِلْكِ الأَوَّلِ، وإن لم يَرْفَعْهُ، فَالفُسُوخُ مَحْمُولَةٌ على العُقُودِ، ومشبهة بها، والزيادة تَتْبَعُ الأَصْلَ في العقود، فكذلك في الفُسُوخِ، وعَوْدُ المِلْكِ في الشَّطْرِ بالطلاق، ليس على سَبِيلِ الفُسُوخِ، ألا ترى أنه لو سَلَّمَ العَبْدُ الصَّدَاقَ من كَسْبِهِ، ثم عتق، وطلق قبل الدخول يكون الشَّطْرُ له لا للسَّيِّدِ، ولو كان سَبِيلُهُ سَبِيلَ الفسوخ، لَعَادَ إلى الذي خرج عن مِلْكِهِ، وإنما هو ابْتِدَاءُ مِلْكٍ، يثبت فيما فرض صَدَاقاً لها، قال الله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] وليس الزِّيَادَةُ الحَادِثَةُ مما فرض، فلا يعود إليه شَيْءٌ منها، وفرق أبو إسْحَاقَ بين الصُّورَةِ التي نحن فيها، وبين صورة إفْلاَسِ المُشْتَرِي أن هناك لو مَنَعْنَاهُ من الرُّجُوعِ إلى العَيْنِ، لم يتم له الثَّمَنُ لِمُزَاحَمَةِ الغُرَمَاءِ،

---

(١) وليس خيارها فوراً، بل إن طلبه الزوج كلفت فوراً اختيار أحد الأمرين.

وههنا لو لم يَرْجِعْ إلى العَيْنِ لسلم له القِيمَة بتمامها، فلا يَلْحَقُهُ كبير ضَرَرٍ، حتى لو كانت مُفْلِسَة مَحْجُوراً عليها عند الطلاق، ولو تَرَكَ العَيْنَ، لاحتاج إلى المُضَارَبَةِ، قال يرجع في العَيْنِ مع الزِّيَادَةِ، ولا يحتاج إلى رِضَاهَا، وعَوَّلَ الأكثرون على الفَرْقِ الأول، وأبوا اسْتِقْلاَلَهُ بالرجوع، وإن كانت مَحْجُوراً عليها، واعتبروا في الرُّجُوعِ حينئذٍ رِضَاهَا، ورضا الغُرَمَاءِ.

وحكى الإمام وجهاً أن كونها مَحْجُوراً عليها يمنع الرُّجُوعَ، وإن لم يكن زِيَادَةٌ لتعلق حَقِّ الغُرَمَاءِ به قبل ثُبُوتِ حق الرجوع له، وحكم الزوائد المُنْفَصِلَةِ والمتصلة فيما سوى الطَّلاَقِ ـ من الأسباب المشطرة ـ حُكْمُهَا في الطَّلاَقِ.

وما يوجب عَوْدَ جميع الصَّدَاقِ للزوج، ينظر فيه إن كان سَبَبُهُ عَارضاً، كالرِّضَاع والرِّدَّةِ من الزوجة، فكذلك [الحكم][1] وفي رِدَّتِهَا وَجْهٌ: أن الزَّوْجَ يَسْتَقِلُّ بِأَخْذِ الصَّدَاقِ بالزوائد المُتَّصِلَةِ، ويجعل تسببها إلى قَطْعِ النكاح قَاطِعاً لِحَقِّهَا عن الزِّيَادَةِ، وإن كان السبب مُقَارِناً لَفَسْخِهِ بِعَيْبِهَا، أو فَسْخِهِ بِعَيْبِهِ، فالجواب المَشْهُورُ أن الصَّدَاقَ يَعُودُ بزيادته إلى الزوج، ولا حَاجَةَ إلى رِضَاهَا، كما في فَسْخُ البيع بالعيب، وبناه في «التتمة» على أنَّ الفَسْخَ إذا اتَّفق بعد الدخول، هل يُسَلَّمُ لها المسمى إن قلنا: نعم، فهو كما لو كان السَّبَبُ عارضاً، وإن قُلْنَا بوجوب مَهْرِ المِثْلِ، فقد حكى خِلاَفاً في أنَّا هل نسند الفَسْخَ إلى وَقْتِ العقد، ونقول بارتفاع العَقْدِ من أَصْلِهِ أم لا؟.

إن قلنا: لا، فالحُكْمُ على ما ذكرنا، وإن قلنا: نعم، فيعود الصَّدَاقُ إليه بِزِيَادَتِهِ بِزَوَائِدِهِ المُتَّصِلَةِ والمنفصلة.

وقوله في الكتاب: «إن شاء رَجَعَ إلى قِيمَةِ النِّصْفِ السليم» في هذه اللفظة شيء، والعِبَارَةُ القَوِيمَةُ أن يقال: «إلى نصف قِيمَةِ السَّليم» وفرق بين نِصْفِ قيمة الكُلِّ وبين قِيمَةِ نِصْفِ الكل، فإنا إذا قَوَّمْنَا النِّصْفَ، نظرنا إلى جُزْءٍ من الجملة، وذلك مما يُوجِبُ النُّقْصَانَ، فإن التَّشْقِيصَ عَيْبٌ، ويَجْرِي هذا الكَلاَمُ في قوله: «فإن أَبَتْ غُرِّمَتْ قيمة الشطر» والأولى أن يقال: شَطْرُ القيمة.

وقوله: «أجبر على القَبُولِ» يجوز أن يُعَلِّمَ بالواو؛ لما ذكرناه.

قَالَ الغَزَالِيُّ: أَمَّا إِذَا زَادَ مِنْ وَجْهٍ وَنَقَصَ مِنْ وَجْهٍ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الخِيَارُ مِثْلُ أَنْ يَكُونَ الصَّدَاقُ عَبْداً صَغِيراً فَكَبِرَ فَنُقْصَانُهُ زَوَالُ الطَّرَاوَةِ، أَوْ شَجَرَةً فَأَرْقَلَتْ وَنَقَصَتِ الثَّمَرة، وَلاَ يُشْتَرَطَ فِي الزِّيَادَةُ القِيمَةِ بَلْ مَا فِيهِ غَرَضٌ مَقْصُودٌ يُثْبِتُ الخِيَارَ، وَالحَمْلُ فِي

(١) سقط في: أ.

الجَارِيَةِ زِيَادَةٌ مِنْ وَجْهٍ وَنُقْصَانٌ مِنْ وَجْهٍ، وَفِي البَهِيمَةِ زِيَادَةٌ مَحْضَةٌ إلاَّ إذَا أَثَّرَ فِي إِفْسَادِ اللَّحْمِ، وَالزِّرَاعَةُ نُقْصَانٌ مَحْضٌ لِلأَرْضِ إذ الزَّرْعُ يَبْقَى لَهَا، وَالغِرَاسُ كَذَلِكَ.

قَالَ الرَّافِعِي: القسم الثالث إذا تغير الصَّدَاقُ بالزِّيَادَةِ والنقصان جَمِيعاً، إما بِسَبَبٍ واحد، كما إذا أَصْدَقَهَا عَبْداً صغيراً، فكبر، فإنه نُقْصَانٌ من جِهَةِ نَقْص القيمة، ومن جهة أن الصَّغِيرَ يصلح لِلْقُرْبِ من الحُرَم، وإنه أَبْعَدُ عن الغَوَائِلِ، وأشد تَأَثُّراً بالتَّأْدِيب والرِّياضَةِ، وزيادة من جهة أنه أَقْوَى على الشَّدَائِدِ والأَسْفَارِ، وأحفظ لما يستحفظ، وكما إذا أَصْدَقَهَا شَجَرَةً فأرفلت وصَارَتْ وذلك بأن يَقِلَّ ثَمَرُهَا لِطُولِ المُدَّةِ، فذلك نُقْصَانٌ من جهة نُقْصَانِ الثمرة، وزيادة من جِهَةِ زِيَادَةِ الحَطَبِ، وأما بسببين، كما إذا أَصْدَقَهَا عَبْداً، فَتَعَلَّمَ القرآن، أو تعلم حِرْفَةً وأعور فلكل واحد منهما الخِيَارُ على مَعْنَى أن لِلزَّوْجِ ألا يقبل العَيْنَ للنُّقْصَانِ، ويعدل إلى نِصْفِ القِيمَةِ، وللزوجة ألاَّ تَبْذُلَ العَبْدَ، وتعدل إلى بَدَلِ نِصْفِ القِيمَةِ، وإن اتَّفَقَا على الرُّجُوعِ جاز، ولا شيء لأحدهما على الآخر، وليس الاعْتِبَارُ بِزِيَادَةِ القيمة، بل كُلُّ ما حدث وفيه مَنْفَعَةٌ وفائدة مقصودة، فهو زِيَادَةٌ من ذلك الوجه. وإن [نقصت][1] القيمة على ما بَيَّنَّا في كِبَرِ العَبْدِ الصغير، ثم الكَلاَمُ في صورتين:

إحداهما: أَصْدَقَهَا جَارِيَةً حَائِلاً، فَحَبِلَتْ في يدها، وطَلَّقَهَا قبل الدخول، فهي زِيَادَةٌ من وَجْهٍ لِتَوَقُّعِ الولد، ونُقْصَانٌ من وجه للضَّعْفِ في الحال، ولِلْخَطَرِ عند الوِلاَدَةِ، فإن لم يَتَّفِقَا على الرجوع إلى نِصْفِ الجَارِيَةِ، فالمَعْدُولُ إليه نِصْفُ قيمة الجارية، وليس لأحدهما إِجْبارُ الآخر.

وحَكَى أَبُو عَبْدِ الله الحناطي وَجْهاً: أنه يُجْبَرُ الزوج إذا رَضِيَتْ هي بِرُجُوعِهِ إلى نصف قِيمَةِ الجَارِيَةِ، وهي حامل؛ بناءً على أن الحَمْلَ لا يُعْلَمُ، وقضية هذا أن تُجْبَرَ أيضاً إذ رَغِبَ الزَّوْجُ في الرجوع إلى نصفها حَامِلاً، وأما الحَمْلُ في البَهِيمَةِ، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه زِيَادَةٌ مَحْضَةٌ؛ لأنه لا يُخَافُ عليها من الوِلاَدَةِ غالباً.

وأظهرهما: أنه كما في الجَوَارِي زِيَادَةٌ من وجه، ونُقْصَانٌ من وجه، أما إذا كانت مَأْكُولَةً فلأن لَحْمَهَا لا يَطِيبُ؛ لأن الحَمْلَ ضَرْبُ مَرَضٍ، وأما إذا لم تكن مَأْكُولَةً، فلأنه لا يُحْمَلُ عليها مع الحَمْلِ، كما يحمل، ولا حَمْلَ.

وقوله في الكتاب: «إلا إذا أَثَّرَ في إِفْسَادِ اللَّحْم» أي: ما كانت مَأْكُولَةً، وقضية إيراده الفَرْق بين أن تكون مَأْكُولَةً، فيكون الحَمْلُ فيها كَالحَمْلِ في الجَارِيَةِ، أو لا تكون مَأْكُولَةً، فيكون الحمل فيها زِيَادَةً مَحْضَةً، يوافق الوجه الذي ذكرنا أنه أَظْهَرُ في

(١) في أ: أسقطت.

الْمَأْكُولِ، ويخالفه في غير المَأْكُولِ ويجوز أن يُعَلِّمَ «المستثنى» و «المستثنى منه» بالواو.

الثانية: إذا أَصْدَقَهَا أرضاً فحرثتها المَرْأَةُ، فهي زيادة مَحْضَةٌ، إن كانت من الأَرَاضِي المُعَدَّةِ للزراعة، وإن كانت مُعَدَّةً لِلْعِمَارَةِ والبناء، فَنُقْصَانٌ مَحْضٌ وحينئذٍ لو أراد الزَّوْجُ الرُّجُوعَ إلى نِصْفِ عَيْنِهَا مُكِّنَ، وإن أَبَى رجع إلى نِصْفِ القيمة بلا حِرَاثَةٍ، وإن زَرَعَتْهَا المَرْأَةُ، ثم طَلَّقَهَا، فالزِّرَاعَةُ نُقْصَانٌ مَحْضٌ، لأنها تَسْتَوْفِي قُوَّةَ الأرض، ولأن الزَّرْعَ يبقى لها، وتَسْتَحِقُّ الإِبْقَاءَ إلى الحَصَادِ، فتنصرف مَنْفَعَةُ المُدَّةِ إلى الزرع، فإن تَوَافَقَا على الرُّجُوعِ إلى نصف العَيْنِ، وترك الزرع إلى الحَصَادِ، فذاك قال الإمام وعليه إِبْقَاؤُهُ بلا أُجْرَةٍ؛ لأنها زَرَعَتْ مِلْكَهَا الخَالِصَ، وإن رَغِبَ فيها الزوج، وامتنعت أُجْبِرَتْ عليه، وإن رَغِبَتْ هي، فله أن يمتنع، ويأخذ نِصْفَ قيمة الأَرْضِ، فإن قالت: خُذْ نِصْفَ الأرض، مع نصف الزرع، ففي إِجْبَارِهِ وجهان، كما سنذكرهما في الثِّمَارِ، مع النَّخِيلِ، هذا أحد الطريقين.

وثانيهما: القَطْعُ بالمنع؛ لأن الزَّرْعَ لا يَحْصُلُ من عين الأرض، وإنما يَحْصُلُ مما أَوْدَعَتْهُ فيها، فلا يَلْزَمُ قَبُولُهُ، بخلاف ثَمَرَةِ الشجرة، والظاهر المنع، وإن ثبت الخِلاَفُ، ولو طَلَّقَهَا بعد الحَصَادِ، وبقي في الأَرْضِ أَثَرُ العِمَارَةِ، وكانت تصلح لما لا تَصْلُحُ له قبل الزراعة فهي زيادة محض، فليس له الرجوع إلا بِرِضَاهِا، ولو أنها غَرَسَتْ في الأَرْضِ المصدقة، فالحُكْمُ كما في الزَّرْعِ، لكن لو أَرَادَ أن يَرْجِعَ في نِصْفِ الأرض، ويترك الغَرْسَ، ففيه وجه أنه لا تُجْبَرُ المَرْأَةُ عليه؛ لأن الغِرَاسَ لِلتَّأْبِيدِ، وفي إِبْقَائِهِ في مِلْكِ الغير ضَرَرٌ ولو طلقها، والأَرْضُ مَزْرُوعَةٌ، أو مَغْرُوسَةٌ، فابتدرت إلى القَلْعِ، نُظِرَ إن بقي في الأَرْضِ نُقْصَانٌ لضعفها بالزرع، والغَرْسِ، وهو الغالب، فالزوج على خِيَرَتِهِ وإلاَّ انْحصَرَ حَقُّهُ في الأَرْضِ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (فُرُوعٌ، الأَوَّلُ) لَوْ أَصْدَقَهَا نَخْلاً فَأَثْمَرَتْ فَطَلَّقَهَا قَبْلَ الجَدَادِ فَلَهَا الثِّمَارُ وَيَعْسُرُ التَّشْطِيرُ إِلاَّ بِمُسَامَحَة أَوْ مُوَافَقَةٍ إِذْ لَيسَ لَهُ أَنْ يُكَلِّفَهَا قَطْعَ الثِّمَارِ وَلاَ أَنْ يَسْقِيَ وَيَنْتَفِعَ بِنَصِيبِهِ مِنَ الشَّجَرَةِ وَلاَ أَنْ يَتْرُكَ السَّقْيَ إِذْ يَتَضَرَّرُ ثَمَرُهَا، وَلَيسَ لَهَا أَنْ تُكَلِّفَهُ تَأْخِيرَ المِلْكِ إِلَى الجِدَادِ وَلاَ السَّقْيَ وَلاَ تَرْكَهُ، وَلَيسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ وَيَقُولَ: إِلَيكِ الخِيرَةُ فِي السَّقْيِ وَتَرْكِهِ وَأَنَا لاَ أَسْقِي؛ لأَنَّهَا تَتَضَرَّرُ بِتَرْكِ السَّقْيِ وَلاَ يَلْزَمُهَا نَفْعُ شَجَرَةٍ بِالسَّقْيِ فَإِنْ سَامَحَ أَحَدُهُمَا وَالْتَزَمَ السَّقْيَ لَمْ يَلْزَمْهُ الإِجَابَةُ أَيضاً عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، لأَنَّهُ وَعْدٌ فَرُبَّمَا لاَ يَفِي بِهِ، وَإِنْ وَهَبَتْ مِنْهُ نِصْفَ الثِّمَارِ يَلْزَمُهُ القَبُولُ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ وَإِنْ كَانَ فِيهِ مِنَّةٌ لِيَنْدَفِعَ العُسْرُ فَيَشْتَرِكَانِ فِي الجَمِيعِ، وَكَذَا الخِلاَفُ فِيمَا لَوْ أَصْدَقَهَا جَارِيَةً فَوَلَدَتْ فَطَلَّقَهَا وَهُوَ رَضِيعٌ فَقَالَ: أَرْجِعُ إِلَى النِّصْفِ وَأَرْضَى أَنْ تَبْقَى مُرْضِعَةً فَإِنَّ هَذَا

وَعْدٌ مَحضٌ، فَإِنْ تَرَاضَيَا عَلَى الرُّجُوعِ بِالنِّصْفِ ثُمَّ يَسْقِي مَنْ يَشَاءُ فَهُوَ تَوَاعُدٌ فَمَن وَعَدَ بالسَّقْيِ لَمْ يَلْزَمْهُ، وَمَنْ رَضِيَ بِتَرْكِ السَّقْيِ يَلْزَمُهُ لأَنَّهُ إِسْقَاطُ حَقٍّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا أَصْدَقَهَا نَخِيلاً حَوَائِلَ، ثم طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ، وهي مطلعة، لم يكن له أَخْذُ نِصْفِ الطَّلْعِ قَهراً، ولا الرُّجُوعُ إلى العَيْنِ قَهْراً، فإن الطَّلْعَ كزيادة مُتَّصِلَةٍ، فيمنع الرُّجُوعِ القَهْرِيّ، فَإِن رَضِيَتِ المَرْأَةُ أن تأخذ نِصْفَ النَّخلِ، مع نِصْفِ الطَّلْعِ أُجْبِرَ عليه، وليس له طَلَبُ نِصْفِ القِيمَةِ ومنهم من نَزَّلَ الطَّلْعِ مَنْزِلَةَ الثَّمَرَةِ المُؤَبَّرَةِ، حتى يجيء في الإِجْبَارِ الخِلاَفُ الذي نذكره في الإِجْبَارِ على قَبُولِ الثمرة المُؤَبَّرَةِ، وإن كانت عليها ثِمَارٌ مُؤَبَّرَةٌ عند الطَّلاَقِ، ففيه صور:

إحداها: ليس له أن يُكَلِّفَهَا قَطْعَ الثِّمَارِ، حتى يرجع إلى نصف الأَشْجَارِ؛ لأنها حَدَثَتْ في خَالِصِ مِلْكِهَا، فيتمكَّن من نَزْعِهَا، وإبقائها إلى الجُذَاذِ، لكن لو بَادَرَتْ إلى قَطْعِهَا، أو قالت: اقطعها لترجع، فليس للِزَّوْجِ غير الرجوع إلى نِصْفِ الأشجار، إذا لم يَمْتَدَّ زمان القَطْعِ، ولم يحدث بالقَطْعِ نُقْصَانٌ في الأشجار لانْكِسَارِ السَّعَفِ والأَغْصَانِ.

والثانية: إذا أراد أن يَرْجِعَ في نِصْفِ النَّخِيلِ، ويترك الثِّمَارَ إلى الجُذَاذِ، وَأَبَتِ المَرْأَةُ، ففيه وجهان:

أحدهما: أنها لا تُجْبَرُ عليه؛ لأنها قد لا تَرْضَى بيده، ودُخُولِهِ البُسْتَانَ.

والثاني: وجه قال أبو إِسْحَاقَ: يُجْبَرُ وتجعل الأشجار في يدهما، كما هو دَأْبُ الأَمْلاَكِ الشَّائِعَةِ، وهذا أَصَحُّ عند أَئِمَّتِنَا العراقيين وهو الجواب في «التهذيب» ورجَّح أبو سَعِيدِ المُتَوَلِّي الأَوَّلَ، هذا ما يوجد في كُتُبِ الأصحاب، وتَعَالِيقِهِمْ، وزاد الإمام شَيْئاً آخر، فقال: لا يَنْفَصِلُ الأمر بقوله: أرجع إلى نِصْفِ الأشجار، وأُبْقِي الثِّمَارَ إلى الجُذَاذِ؛ لأنه لا بدّ من تنمية الثِّمَارِ بالسَّقْيِ في نَصِيبِهَا من الأَشْجَارِ [ولا يمكن تكليفها السقي لأن نفعه غير مختص بالثمر بل ينفع به الشجر أيضاً، ولا يمكن تكليفها ترك السقي لتضرر الثمر والشجر] وَتَابَعَهُ صاحب الكتاب على ما ذكره، وكأن ما ذَكَرَاهُ ذَهَابٌ منهما إلى أَنَّهَا لا تُجْبَرُ على ما يقوله الزَّوْجُ، ويوجبه له لما في السَّقْيِ من الإِشْكَالِ، ولمن ذَهَبَ إلى الإِجْبَارِ، أن يقول: ليكن سَبِيلُ السَّقْيِ ها هنا سَبِيلَهُ فيما إذ اشْتَرَكَ اثْنَانِ في الأشجار، وانفرد أحدهما بالثِّمَارِ، في غير صورة الصَّدَاقِ.

الثالثة: إذا أَرَادَتِ المَرْأَةُ أن ترجع إلى نِصْفِ الأشجار وتترك الثمار إلى الجُذَاذِ، فللزوج ألاَّ يَرْضَى به، ويطلب القِيمَةَ؛ لأن حَقَّهُ في الأشجار الخَالِيَةِ، وليس لها أَنْ تُكَلِّفَهُ تَأْخِيرَ الرُّجوعِ، إلى الجُذَاذِ؛ لأنه يَسْتَحِقُّ العين، أو القيمة في الحال، فلا يَلْزَمُهُ التَّأْخِيرُ، ولو قال الزوج: أُؤَخِّرُ الرُّجُوعَ، إلى أن تُجْذِيَ الثمرة، فلها ألاَّ تَرْضَى به؛ لأن نَصِيبَهُ يكون مَضْمُوناً عليها، هكذا وَجَّهُوهُ وهو مَبْنِيٌّ على أن النِّصْفَ الراجع إلى الزوج

بالطَّلاَقِ، يكون مَضْمُوناً عليها، وفيه اختلاف تَقَدَّمَ.

فإن قال الزوج: أَرْجِعُ، ويكون نَصِيبِي من النَّخِيلِ وَدِيعَةً عِنْدَكِ، وقد أَبْرَأْتُكِ عن ضَمَانِهِ، ففي شرح الجُوَيْنِيِّ حكاية وجهين فيه، ولهما الْتِفَاتٌ إلى إِبْرَاءِ الغَاصِبِ عن الضَّمَانِ، مع بَقَاءِ المَغْصُوبِ في يده، وزاد من نظر إلى أَمْرِ السَّقْيِ، وقال: ليس للمرأة أن تَقُولَ: ارجع واسْقِ، لأن فَائِدَةَ السَّقْيِ تَعُودُ إلى نَصِيبِهَا في الأشجار، وإلى الثمار، وهي خَالِصَةٌ لها، ولا أن تَقُولَ: ارجع ولا تَسْقِ؛ لأن نَصِيبَهُ من الشجر يَتَضَرَّرُ بترك السَّقْيِ، ولو قالت: ارْجِعْ وأنا لا أَسْقِي، وإليك الخِيَرَةُ في السَّقْيِ، وتركه، أو قال الزوج: أَرْجِعُ ولا أَسْقِي، وإليك الخِيَرَةُ في السَّقْيِ، وتركه، فلا تلزم الإجابة على الآخر، لأنه إن تَرَكَ السَّقْيَ تَضَرَّرَ، وإن سَقَى كانت المؤنة عليه، وعَادَ بَعْضُ الفائدة إلى صَاحِبِهِ، ولو قال الزوج: أَرْجِعُ إلى النصف وأَسْقِي، والتزم مُؤْنَتَهُ، أو قالت المرأة: ارْجِعْ وأنا أَسْقِي، فهل على الآخر إجَابَتُه؟ حَكَوْا فيه وجهين:

أحدهما: نعم؛ لأن المُؤْنَةَ ترتفع عن الآخر، فيندفع العشر.

وأظهرهما: المنع؛ لأنه وَعْدٌ، وربما لا يَفِي به ولأن المُمْتَنِعَ لا يَرْضَى بدخول صاحبه البُسْتَانِ للسَّقْي، فإن قلنا بالأول فلو بَدا لِمَنِ الْتَزَمَ السَّقْيَ، وامتنع منه تَبَيَّنَ أن المِلْكَ لم يَرْجِعْ إلى الزوج، وكأنه مَوْقُوفٌ على الوَفَاءِ بالوَعْدِ، وأَلْحَقُوا بهذه الصورة ما إِذَا أَصْدَقَهَا جَارِيَةً، فَوَلَدَتْ في يدها وَلَداً، مَمْلُوكاً، ثم طَلَّقَهَا قبل الدخول، فقال الزوج: أرْجِعُ إلى نِصْفِ الجارية، وأَرْضَى بأن تُرْضِعَ الولد، ففيه الوجهان.

قال الإمام: ونصُّ الشافعي ـ رضي الله عنه ـ يَدُلُّ على أنه لا يُجابُ ولو قال: أَرْجِعُ وأَمْنَعُهَا من الإِرْضَاعِ، لم يجب، بلا خِلاَفٍ، وفي هذه المسألة وَرَاءِ الإِرْضَاعِ، ومُضِيِّ زمانه شَيْءٌ آخر، وهو ما يَقَعُ من التَّفْرِيقِ بين الجارية وَوَلَدِهَا، وقد نَقَلْنَا مَا حَكَاهُ صاحبا «التتمة» [«والشامل»][1] فيه.

الرابعة: لو وَهَبَ منه نِصْفَ الثمار، ليشتركا في الثِّمَارِ والأشجار جميعاً، ففي وجوب القَبُولِ وجهان وجه الوُجُوب أنها مُتَّصِلَةٌ بالأَشْجَارِ، فأشبهت الطَّلْعَ والسِّمَنَ في الحيوان والأصح ما ذكر صاحب «التهذيب» وغيره: المَنْعُ؛ لأن الإِجْبَارَ على قَبُولِ مِلْكِ الغير بَعِيدٌ، والثمار المُؤَبَّرَةُ في حُكْمِ المُنْفَصِلِ، ولهذا لا يَدْخُلُ في بيع الأشجار.

الخامسة: إذا تَرَاضَيَا على الرُّجُوعِ إلى نِصْفِ الأَشْجَارِ في الحال أو على تأخير الرجوع إلى الجُذَاذِ مُكِّنَا مما تَرَاضَيَا عَليه، وإذا بَدَا لأحدهما في التَّأْخِيرِ مُكِّنَ من الرجوع عنه.

---

(١) سقط في: أ.

وقال المُعَلِّلُونَ بِالسَّقْي إذا تَرَاضَيَا على الرُّجُوعِ في الحال، على أن يَسْقِيَ من شاء منهما مُتَبَرِّعاً، أو على أن يَتْرُكَا أو أحدهما السَّقْيَ، فمن الْتَزَمَ أن يَسْقِيَ، فهو وَعْدٌ لا يلزمه الوَفَاءُ به، لكنه إذا لم يَفِ تَبَيَّنَ أن المِلْكَ لم يَعُدْ إلى الزوج، ومن تَرَكَ السَّقْيَ لم يمكن من العَوْد إليه.

قال الإمام: لأن مَضْمُونَ ما تَرَاضَيَا عليه تَعْجِيلُ حَقٍّ، والْتِزَامُ ضَرَرٍ، وألزمنا بأن الضَّرَرَ إذا تَبِعَ تَعْجِيلَ حَقٍّ، ولزم هذا مَحْصُولُ المسألة، ولم أَرَ تَعَرُّضاً فيها للسَّقْيِ، إلا الإمام ومن نَحَا نَحْوَهُ.

وظهور النَّوْرِ في سائر الأَشْجَارِ إذا جعلت صَدَاقاً كَبُدُوِّ الطَّلْعِ النَّخِيلِ، وانعقاد الثمار مع تَنَاثُرِ النَّوْرِ كالتَّأْبِيرِ في النخيل.

أما لَفْظُ الكتاب فقوله: «ويعسر التَّشْطِير» أي: في النخيل «إلا بِمُسَامَحَةٍ» أي: من أحد الجَانِبَيْنِ «أو مُوَافَقَةٍ» وهي التَّرَاضِي من الجانبين، ثم انْدَفَعَ في بَيَانِ جِهَةِ العُسْرِ، وقال: «إذ ليس له أن يُكَلِّفَهَا» إلى قوله: «ولا تركه»، وقوله: «وليس له أن يرجع، ويقول: إليك الخيرة» هذه صورة من صُوَرِ المُسَامَحَةِ، وقوله: «فإن سَامَحَ أَحَدُهُمَا، والتزم السَّقْيَ» أي قال لها: أَرْجِعُ وأَسْقِي، أو قالت له: ارْجِعْ وأنا أَسْقِي، فهذه صورة ثانية.

وقوله: «وإن وهبت منه نِصْفَ الثمار» هذه صورة ثَالِثَةٌ من صور المُسَامَحَةِ.

وقوله آخراً: «فإن تَرَاضَيَا على الرُّجُوعِ» هو صورة المُوَافَقَةِ، وقد يَتَرَاضَيَانِ على أن يَسْقِيَ من شَاءَ منهما مُتَبَرِّعاً، وقد يَتَرَاضَيَانِ عليه، ويلزم أحدهما، أو كلاهما السَّقْي، أو يَرْضَى أحدهما بِتَرْكِ السَّقْيِ، أو كلاهما، ولم يُصَرِّحْ بهذه الأحوال فيما إذا تَرَاضَيَا، واقْتَصَرَ على إذا قَالاَ: على أَنْ يَسْقِيَ مَنْ شاء، لكن قوله: «فمن وعدَ بالسَّقْي لم يلزمه، ومن رَضِيَ بِتَرْكِ السَّقْي لزمه» يخرج إلى التعرض لهما، ويَدُلُّ على أنه أَرَادَهُمَا جَمِيعاً على ما هو مُبَيَّنٌ في «الوسيط».

«فَرْعٌ»

لو أَصْدَقَهَا نَخْلَةً، عليها ثمار مُؤَبَّرَةٌ، وطلقها قبل الدُّخُولِ، فله نِصْفُ الثمار، مع نصف النخلة، جُذَّتِ الثِّمَارُ أو لم تجذ[1].

وإن كانت مُطْلِعَةً فإن طَلَّقَهَا، وهي بعد مُطْلِعَةٌ أخذ نِصْفَهَا مع الطَّلْعِ.

---

(١) قال الشيخ البلقيني: المراد إذا أصدقها الثمرة معها، وهذا واضح من القواعد والشواهد، فأما لو أصدقها النخلة وسكت، فإن الثمرة المؤبرة تكون للزوج جزماً، وحينئذٍ فإذا طلق تكون الثمرة بكمالها له بالملك المستمر ونصف النخلة بالطلاق قبل الدخول.

ونقل أبو سَعْدٍ المُتَوَلِّي وَجْهاً أنه إذا امْتَدَّ الزَّمَانُ، بحيث يزداد في مثله الطَّلْعُ لا يجوز له الرُّجُوعُ فيه، هذا لفظه، ولو قال: لا يَجُوزُ الرُّجُوعُ إلا بِرِضَاهَا كان أَحْسَنَ، ولو كانت مُؤَبَّرَةً عند الطَّلاَقِ، فهل للزوج حَقٌّ في الثمرة؟ فيه طريقان:

أحدهما: أنه على قولين، كالقولين فيما إذا أَصْدَقَهَا جَارِيَةً حَامِلاً، وولدت قبل الطلاق، وسنذكره في الفصل الآخر، بعد هذا الفَصْلِ.

وأصحهما: القَطْعُ بِإِثْبَاتِ حَقِّهِ في الثمرة لأنها مشاهدة متيقنة بخلاف الحَمْلِ، ولهذا لا يُفْرَدُ الحَمْلُ بالعَقْدِ، وتُفْرَدُ الثمار، وإذا أَثْبَتْنَا له الحَقّ في الثمرة لا يأخذ إلا بِرِضَاهَا؛ لأنها قد زَادَتْ، فإن لم تَرْضَ أخذ نِصْفَ قيمة الطَّلْعِ، مع نصف الأشجار.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **(الثَّانِي) لَوْ أَصْدَقَهَا جَارِيَةً حَامِلاً فَوَلَدَتْ فَلاَ يَرْجِعُ فِي نِصْفِ الوَلَدِ إنْ قُلْنَا: لاَ يُقَابِلُهُ قِسْطٌ مِنَ الثَّمَنِ، وَإِنْ قُلْنَا: يُقَابِلُهُ يَرْجِعُ بِالنِّصْفِ، وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ لاَ يَرْجِعُ لأَنَّهَا زِيَادَةٌ ظَهَرَتْ بِالانْفِصَالِ.**

قَالَ الرَّافِعِي: أَصْدَقَهَا جَارِيَةً حَامِلاً، ثم طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ، نظر إن طَلَّقَهَا، وهي حَامِلٌ بعد، فللزوج نِصْفُهَا حَامِلاً، ويجيء عند امْتِدَادِ الزَّمَانِ الوَجْهُ المذكور فيما إذا أَصْدَقَهَا نَخْلَةً مُطْلِعَةً، وطَلَّقَهَا، وهي بعد بحالها لم يؤثر، فإن طَلَّقَهَا، وقد وَلَدَتْ، فالكلام في الأم، ثم في الوَلَدِ أما الأم، فلا يَأْخُذُ نِصْفَهَا إن كان الوَلَدُ رَضِيعاً كيلا يختلّ أَمْرُهُ، لكن يرجع إلى نِصْفِ القِيمَةِ، فإن كانت فَطِيماً، فإن كان في زَمَانِ التفريق المُحَرَّمِ، فعلى ما تَقَدَّمَ، وإلا فله نِصْفُهَا، فإن انْتَقَصَتْ قيمتها بالوِلاَدَةِ، نظر إن وَلَدَتْ في يد الزوج، فعلى ما سَبَقَ من حكم النُّقْصَانِ الحاصل في يد الزوج، وإن وَلَدَتْ في يد الزَّوْجَةِ فله الخِيَارُ إن شاء أَخَذَ نِصْفَهَا، ولا شيء له مع ذلك، وإن شاء رجع إلى نِصْفِ القيمة، وأما الوَلَدُ، فهل يأخذ الزَّوْجُ نصفه؟ ينبني على أن الحَمْلَ هل يُعْرَفُ؟ وهل يقابله قِسْطٌ من الثمن في البيع؟ وفيه قولان مَذْكُورَانِ في غَيْرِ مَوْضِعٍ، فإن قلنا: «لا» فهو كالوَلَدِ الحَادِثِ بعد العَقْدِ، ولا حق للزَّوْجِ فيه.

وإن قلنا: نعم، وهو الأَصَحُّ، ففيه وجهان:

أحدهما: أن للزوج حَقّاً فيه، كما لو أَصْدَقَهَا عَيْنَيْنِ، لكن الولد قد زَادَ بالوِلاَدَةِ، فللمرأة الخِيَارُ إن رضيت برجوع الزَّوْجِ إلى نِصْفِهِ، مع نِصْفِ الأم، أُجْبِرَ عليه، وإن أَبَتْ قال في «التتمة»: لا يرجع في نِصْفِ الجَارِيَةِ للتفريق، ولكن يرجع إلى نِصْفِ قيمتها، وقيمة الولد، وتعتبر قِيمَتُهُ بيوم الانْفِصَالِ؛ لأنه أَوَّلُ وَقْتِ إِمْكَانِ التقويم.

والثاني: أنه لا حَقَّ له بسبب الوَلَدِ؛ لأن هذه زِيَادَةٌ ظهرت بالانْفِصَالِ، ولا قِيمَةَ

له حَالَةَ الاجْتِنَانِ[١].

ولو كانت الجَارِيَةُ المصدقة حَائِلاً، فطلقها وهي حَامِلٌ، فقد سَبَقَ، وإن وَلَدَتْ، ثم طَلَّقَهَا، فالوَلَدُ لها، والقول في الأم، كما ذكرنا فيما إذا كانت حَامَلاً يوم الإِصْدَاقِ، ووَلَدَتْ، وطلقها قبل الدُّخُولِ، وإن حَبِلَتْ في يد الزوج، ووَلَدَتْ في يد الزَّوْجَةِ، فيكون النُّقْصَانُ من ضَمَانِهِ، ويثبت لها الخِيَارُ؛ لأن السَّبَبَ وُجِدَ في يده، ومن ضَمَانِهَا، ويثبت له الخِيَارُ؛ لأن النُّقْصَانَ حَصَلَ عندها، فيه وجهان لا يَخْفَى نَظَائِرُهُمَا.

قالَ الغَزَالِيُّ: **(الثَّالِثُ) لَوْ أَصْدَقَهَا حُلِيّاً فَكَسَرَتْهُ وَأَعَادَتْهُ صَنْعَةً أُخْرَى فَهُوَ زِيَادَةٌ مِنْ وَجْهٍ وَنُقْصَانٌ مِنْ وَجْهٍ، فَإِنْ أَعَادَتْ تِلْكَ الصَّنْعَةَ لَمْ يَرْجِعْ إِلاَّ بِرِضَاهَا فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ لأَنَّهَا زِيَادَةٌ حَصَلَتْ بِاخْتِيَارِهَا، وَإِنْ أَبَتْ فَلَهُ نِصْفُ قِيمَتِهِ مَصُوغاً، وَقِيلَ: إِنَّ لَهُ مِثْلَ وَزْنِهِ مِنَ التِّبْرِ وَأُجْرَةَ الصَّنْعَةِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا أصدقها حُلِيّاً فَكَسَّرَتْهُ، أو انْكَسَرَ في يدها، وبَطَلَتِ الصَّنْعَةُ، ثم أَعَادَتِ المُنْكَسِرَ حُلِيّاً، ثم طَلَّقَهَا الزَّوْجُ قبل الدخول، فينظر إن صَاغَتْهُ على هَيْئَةٍ أُخرى، فالحاصل زِيَادَةٌ من وجه، ونُقْصَانٌ من وجه، وليس له أن يَرْجِعَ إلى نصف العين قَهْراً، ولا لها أن تُجْبِرَهُ على قَبُولِ نِصْفِ العَيْنِ، بل الرجوع إلى نِصْفِ القيمة، مهما أَبَى أحدهما، وإن اتَّفَقَا على الرُّجُوعِ إلى نصفه، جاز، وإن أَعَادَتِ الصَّنْعَة التي كانت، فوجهان:

أحدهما: أنه يرجع الزَّوْجُ إلى نِصْفِ العَيْنِ، وإن لم ترض؛ لأنه بالصِّفَةِ التي كانت عليها يَوْمَ الإِصْدَاقِ، والتسلم إليها وأظهرهما ـ وبه قال ابْنُ الحَدَّاد: أنه لا يرجع إلا بِرِضَاهَا، لأن الصَّنْعَةَ المعادة حَدَثَتْ عندها، والمَوْجُودَة قبلها، فإنها مِثْلُهَا لا عَيْنَهَا، فالزِّيَادَاتُ الحَادِثَةُ عند الزوجة تمنع الرُّجُوعَ القَهْرِيَّ.

واحْتَجَّ بعضهم لِلْوَجْهِ الأَوَّلِ بما إذا هَزُلَتِ الجارية المَمْهورَةُ في يدها، ثم سَمِنَتْ يرجع إلى نصفها، وإن لم تَرْضَ، وجعلوا هذا مُتَّفَقاً عليها، ثم فَرَّقُوا بين السِّمَنِ، وإِعَادَةِ الصَّنْعَةِ، بأن عَوْدَ السِّمَنِ لا صُنْعَ فيه والصَّنْعَةُ عَادَتْ بِصُنْعِهَا، والْتِزَامِهَا المُؤْنَةَ، وإلى هذا أشار في الكتاب بقوله: «لأنها زِيَادَةٌ حَصَلَتْ باختيارها» لكن الذي ذَكَرَهُ ابْنُ الصَّبَّاغِ وآخرون: أن مسألة السِّمَنِ على الوجهين أيضاً، وهو الذي أَبْدَاهُ الشَّيْخُ أبو علي على سَبِيلِ الاحْتِمَالِ، وهما كالوَجْهَيْنِ فيما إذا هَزُلَتِ الجَارِيَةُ المَغْصُوبَةُ، ثم سَمِنَتْ، هل يُغَرَّمُ الغَاصِبُ نُقْصَانَ الهُزَالِ، أو تُقَامُ العائدة مَقَامَ الأَوَّلِ؟ فلا فرق إذاً بين

---

(١) قال النووي: الأول أصح.

المَسْأَلَتَيْنِ، ويجري الوَجْهَانِ فيما إذا نَسِيَ الحِرْفَةَ، ثم تَعَلَّمَهَا، ولو طَرَأَتْ في عَيْنِ العَبْدِ غِشَاوَةٌ، فكان لا يُبْصِرُ شَيْئاً، ثم زالت، ثم طلقها قبل الدخول، ففيما علق عن الإمام أن الزَّوْجَ يَرْجِعُ إلى نِصْفِ العبد، بلا خلاف ويكون كما لو حَدَثَ عَيْبٌ في يدها، وزال، ثم طَلَّقَهَا، وإذا قلنا: إنه لا يرجع إلى نصف الحُلِيِّ المُعَادِ عند إِبَائِهَا فإلى ما يرجع فيه وجهان:

أحدهما: أنه يرجع إلى نِصْفِ قِيمَةِ الحُلِيِّ على الهَيْئَةِ التي كَانَتْ.

والثاني: إلى مِثْلِ نِصْفِهِ بالوَزْنِ تِبْراً، وإلى نصف أُجْرَةِ مثل الصَّنْعَةِ، وهي قيمتها، ونَظْمُ الكتاب يُشْعِرُ بترجيح الوَجْهِ الأول، وبترجيحه قال الشيخ أبو عَلِيٍّ، وهو جواب ابن الحَدَّادِ، لكن المُوَافِقَ لما مَرَّ في الغَصْبِ فيما إذا أَتْلَفَ حُلِيّاً على إِنْسَانٍ بِتَرْجِيح الوجه الثاني.

وإذا قُلْنَا بالوجه الأَوَّلِ فيم يقوم الحُليّ به وجهان:

أحدهما: أنه يُقَوَّمُ بغير جِنْسِهِ، وإن كان نَقْدُ البَلَدِ من جِنْسِهِ، إن كان ذَهَباً يُقَوَّمُ بالفِضَّةِ، وإن كان فِضَّةً فَبِالذَّهَبِ، لأن التَّقْوِيمَ بالجنس يَتَضَمَّنُ المُقَابَلَةَ مع الفَضْلِ، وهي مُمْتَنِعَةٌ في التقدير، كالمُقَابَلَةِ بالبَيْعِ.

والثاني: أنه يُقَوَّمُ بِنَقْدِ البَلَدِ، وإن كان ذلك من جِنْسِهِ، وبالأول أجاب ابْنُ الحَدَّادِ، وإلى الثاني ذَهَبَ محمد بن نَصْرٍ المَرْوَزِيُّ، ويجري الوَجْهَانِ في قِيمَةِ الصَّنْعَةِ، ففي وجه: يُقَوَّمُ بِغَيْرِ جِنْسِ الحُلِيِّ.

وفي وجه بِنَقْدِ البَلَدِ، وهو الأشبه، كما تَقَدَّمَ في الغَصْبِ، ولو صورت المسألة في آنِيَةِ الذَّهَبِ، أو الفضة، فَيُبْنَى على أَنَّهُ هَلْ يَجُوزُ اتِّخَاذُ الأَوَانِي من الذَّهَبِ والفِضَّةِ، وهل لتلك الصَّنْعَةِ قِيمَةٌ أم لا؟!.

إن قلنا: لا، فللزوج أن يَرْجِعَ إلى نِصْفِ العَيْنِ، سواء أَعَادَت الصنعة الأولى[1] أو غيرها؛ لأنه إذا لم تكن تِلْكَ الصَّنْعَةُ مُتَقَوِّمَةً لم يكن هناك زِيَادَةٌ.

وإن قلنا: نعم، فالحكم كما في مَسْأَلَةِ الحُلِيِّ، وهذا الخِلاَفُ كالخلاف فيما إذا غَصَبَ آنِيَةً من ذَهَبٍ أو فِضَةٍ وَكَسَّرَهَا، هل يُغَرَّمُ مع رَدِّ العَيْنِ قيمة الصنعة؟ ويَلْتَحِقُ به ما إذا غَصَبَ جارِيَةً مُغَنِّيَةً، فَنَسِيَتْ عنده الأَلْحَانَ، هل يَرُدُّ معها ما انْتُقِصَ من قِيمَتِهَا بِنِسْيَانِ الأَلْحَانِ؟ فيه وجهان[2]:

وجه المنع: أنه مُحَرَّمٌ ولا عِبْرَةَ بالنُّقْصَانِ الحَاصِلِ به، وعلى هذا، فلو اشْتَرَى

---

(١) سقط في: أ.

(٢) قال النووي: الأصح المنع.

جَارِيَةً مُغَنِّيَةً بألفين ولو لم تكن مُغَنِّيَةً لكانت تشترى بألف، حكى الشيخ أبو عَلِيٍّ فيه ثَلاَثَة أوجه:

أحدها: وهو الذي أَفْتَى به المحمودي[١] «مرو» أنه يبطل؛ لأنه بَذْلُ مَالٍ في مُقَابَلَةِ مُحَرَّمٍ.

والثاني: عن أبي زَيْدٍ أنه إن قَصَدَ بالشراء الفنَاء بَطَل؛ لأنه قَصَدَ مُحَرَّماً، وإلا لم يَبْطُل.

والثالث: قال الأودني: القِيَاسُ صِحَّةُ البَيْعِ، وما سوى ذلك اسْتِحْسَانٌ[٢].

وقوله في الكتاب: «فله نِصْفُ قيمته مَصْنُوعاً»، وفي بعض النُّسَخِ «مصُوغاً»، وهما صحيحان.

وقوله: «وقيل: إن له مثل نِصْفِ وَزْنِهِ» أي: مِثْلَ نِصْفِ وَزْنِهِ، ونصف أُجْرَةِ الصنعة، حذفه لِلْعِلْمِ بالمَقْصُودِ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الرَّابعُ) لَوْ أَصْدَقَ الذِّمِّيُّ خَمْراً وَقَبَضَتْ فَأَسْلَمَا فَطَلَّقَهَا قَبلَ المَسِيسِ وَقَدْ صَارَ خَلاًّ يُرْجَعُ بِنِصْفِ الخَلِّ عَلَى وَجْهٍ، وَلاَ يُرْجَعُ بِشَيْءٍ عَلَى وَجْهٍ، وَإِنْ قُلْنَا: يُرْجَعُ فَلَوْ كَانَ قَدْ تَلِفَ الخَلُّ قَبْلَ الطَّلاَقِ رَجعَ بِمِثْلِهِ عَلَى وَجه، وَلاَ يُرْجَعُ بِشَيْءٍ عَلَى وَجْهٍ؛ لأَنَّهُ يُعْتَبَرُ بَدَلُهُ يَوْمَ القَبْضِ وَلَمْ يَكُنْ إِذْ ذَاكَ مُتَقَوَّماً، وَلَوْ كَانَ بَدَلَ الخَمْرِ جِلْدُ مَيتَةٍ فَدَبَغَتْهُ فَفِيهِ خِلاَفٌ مُرَتَّبٌ وَمَنْعُ الرُّجُوعِ أَظْهَرُ؛ لأَنَّ مَالِيَّتَهُ حَدَثَتْ بِاَخْتِيَارِهَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الذمي إذا أَصْدَقَ امْرَأَتَهُ خَمْراً، ثم أَسْلَمَا، أو تَرَافَعَا إلينا، فقد مَرَّ أنه إن اتفق ذلك بعد القَبْضِ، لم نَحْكُمْ لها بِشَيْءٍ، وإن كانت غَيْرَ مَقْبُوضَةٍ، حكمنا بوجوب مَهْرِ المِثْلِ، ولو صارت الخَمْرُ المُصْدَقَةُ خَلاًّ في يد الزَّوْجِ، ثم أَسْلَمَا، أو أحدهما فوجهان:

أحدهما: وبه قال ابْنُ الحَدَّادِ لا شَيْءَ لها إلا الخَلَّ؛ لأن الصَّدَاقَ بالعَقْدِ يصير للزَّوْجَةِ، وتكون يَدُ الزَّوْجِ يَداً لها، فأشبه ما إذا قَبَضَتْهُ خَمْراً، وصارت الخَمْرُ خَلاًّ في يدها.

وأصحهما: وبه قال القَفَّالُ أن مَهْرَ المِثْلِ، لأن الخمر لا يَصْلُحُ أن يكون صَدَاقاً،

---

(١) في ب: المجنوبي.

(٢) قال النووي: واختار إمام الحرمين الصحة مطلقاً، وهو الأصح. ولو بيعت بألف، فالبيع صحيح بلا خلاف.

ولا اعْتِبَارَ لِذِكْرِهَا إذا لم يَتَّصِلْ بها القَبْضُ قبل الإِسْلاَمِ، ولهذا لو أَسْلَمَا، أو أحدهما قبل أن تَصِيرَ خَلاً يحكم بِوُجُوبِ مَهْرِ المِثْلِ، ولو أَصْدَقَهَا عَصِيراً فَتَخَمَّرَ في يده، ثم عاد خَلاً، ثم أَسْلَمَا أو تَرَافَعَا إلينا نُلْزِمُهُ قيمته(١)، ولا عبرة بِتَخَلُّلِ الخَمْرِ، ولو قبضت الذِّمِّيَّةُ الخَمْرَ، ثم طَلَّقَهَا قبل الدخول، أو أَسْلَمَا، أو تَحَاكَمَا إلينا، فلا رُجُوعَ للزوج؛ لأن الخَمْرَ إن كانت بَاقِيَةً، فلا مَالِيَّةَ لها، ولا يجوز قَبْضُهَا في الإسلام، وإن تَلِفَتْ عندها، فلا قِيمَةَ لها حَتَّى يُفْرَضَ رُجُوعٌ، وإن صارت خَلاً عندها، ثم طَلَّقَهَا قبل الدخول، فهذه مَسْأَلَةُ الكتاب، فهل لِلزَّوْجِ أن يرجع إلى نِصْفِ الخَلِّ؟ فيه وجهان:

أحدهما: وبه قال ابْنُ الحَدَّادِ، نعم: لأن عين الصَّدَاقِ بَاقِيَةٌ، وإنما تَغَيَّرَ بَعْضُ صِفَاتِهَا.

والثاني: لا يرجع بشيء؛ لأن حَقَّ الرُّجُوعِ إنما يَثْبُتُ إذا كان المَقْبُوضُ مَالاً، وها هنا حدثت المَالِيَّةُ في يدها، فهو كَزِيَادَةٍ مُنْفَصِلَةٍ حصلت عندها.

قال في «التتمة»: والوجهان كالوجهين فيما إذا غَصَبَ خَمْراً، فَتَخَلَّلَتْ في يد الغَاصِبِ يكون الخَلُّ لِلْمَغْصُوبِ منه، أو لِلْغَاصِبِ، وذكرنا هناك أن الأَصَحَّ أنه لِلْمَغْصُوبِ منه المُلاَئِمُ له ترجيح الرُّجُوعِ ها هنا، وإذا قلنا به، فلو تَلِفَ الخَلُّ أو أَتْلَفَتْهُ، ثم طَلَّقَهَا، فوجهان:

أحدهما: ويحكى عن الخُضَرِيِّ ـ أنه يرجع بِمِثْلِ نِصْفِ الخَلِّ؛ لأنه لو بقي لرجع في نِصْفِهِ، فإذا تَلِفَ كان الرجوع إلى بَدَلِهِ.

والثاني: وبه قال ابْنُ الحَدَّادِ أنه لا يرجع بشيء؛ لأن الرُّجُوعَ إلى بَدَلِ الصَّدَاقِ عند تَلَفِهِ، ينظر فيه إلى يوم الإِصْدَاقِ، والقبض، ألا ترى أنه إذا كان متقوّماً، ينظر إلى قيمته يَوْمَ الإِصْدَاقِ، وقيمته يوم القَبْضِ، ويحكم بِوُجُوبِ نِصْفِ الأقل منهما، وها هنا لم يكن الصَّدَاقُ مَالاً لا عند الإِصْدَاقِ، ولا عند القَبْضِ، فيمتنع الرُّجُوعُ إلى بَدَلِهِ، والأَصَحُّ الأول عند الشيخ أبي عَلِيٍّ.

ولو أصدقها جِلْدَ مَيْتَةٍ، فقبضه ودَبَغَتْهُ ثم طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ، ففي رجوعه إلى النِّصْفِ منه وجهان مُرَتَّبَانِ على الوجهين، فيما إذا تَخَلَّلَتِ الخَمْرَةُ، وأَوْلَى بأَلاَّ يرجع، لأن الخَمْرَ انْقَلَبَتْ خَلاً بنفسها، لا صُنْعَ لأحدٍ فيه، وها هنا أَحْدَثَتِ المَرْأَةُ مَالِيَّتَهُ

(١) قال الشيخ البلقيني: هذا غير مسلم لأنا إن قلنا بانفساخ عقد الصداق، فينبغي أن يلزمه مهر المثل، وإن قلنا ببقائه فلا يلزمه شيء. وإن قلنا لها أن لا تأخذه لهذا العيب فلها مهر المثل، وحيث قلنا بالبدل فالعصير مثلي لا متقوم، ثم قال قياس قول ابن الحداد هنا أن يعطيها العصير وهو المختار.

بالدِّبَاغِ، والتزمت مُؤنَاتِهِ، فيكون الحَاصِلُ كَسْباً لها، ومع هذا الترتيب ذَكَرْنَا في الغَصْبِ أن الأَصَحَّ كَوْنُ الجِلْدِ للمغصوب منه، لا لِلْغَاصِبِ، فَيُشْبِهُ أن يكون الرُّجُوعُ ها هنا أَظْهَرَ أيضاً، وبه أجاب ابْنُ الحَدَّادِ، فإن هَلَكَ الجِلْدُ عندها بعد الدِّبَاغ قال ابْنُ الحَدَّادِ: لا رُجُوعَ، كما قاله فيما إذا أَتْلَفَ الخَلَّ، وساعده الشيخ أَبُو عَلِيٍّ ها هنا، وقال: ينبغي ألا يرجع وَجْهاً وَاحِداً، بخلاف ما إذا تَلِفَ الخَلُّ، لأن الخَلَّ مِثْلِيٌّ، فإذا تَلِفَ أَمْكَنَ الرُّجُوعُ إلى مِثْلِهِ، والجلدُ مُتَقَوَّمٌ، والنظر في المُتَقَوَّمَاتِ إلى وَقْتِ الإِصْدَاقِ والإِقْبَاضِ، ولم يكن له قِيمَةٌ حينئذٍ، ولو ارْتَدَّتِ المَرْأَةُ قبل الدخول، وانْفَسَخَ النِّكَاحُ، فالقول في كُلِّ الجلد وكل الخَلِّ كالقول في النِّصْفِ عند الطَّلاَقِ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **(الخَامِسُ) إِذَا أَصْدَقَهَا تَعْلِيمَ القُرْآنِ وَطَلَّقَ قَبْلَ المَسِيسِ عَسُرَ تَعْلِيمُ النِّصْفِ لأَنَّهَا أَجْنَبِيَّةٌ فَلَهَا نِصْفُ مَهْرِ المِثْلِ أَوْ نِصْفُ أُجْرَةِ التَّعْلِيمِ عَلَى اخْتِلاَفِ القَوْلَيْنِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: كما يجوز أن تُجْعَلَ أَعْيَانُ الأَمْوَالِ صَدَاقاً، يجوز أن تُجْعَلَ المَنَافِعُ والأعمال صَدَاقاً، وفي جَعْلِ الأعمال صَدَاقاً مَسَائِلُ لا بدّ من إِيرَادِهَا وهذا الفَرْعُ أَوْلَى مَوْضِعَ بِها؛ لأنه مُصَوَّرٌ في تَعْلِيمِ القرآن، فَنُورِدُ المسائل، وَنُدْرِجُ فيها الفَرْعَ المذكور في الكتاب.

واعلم أن كُلَّ ما يَجُوزُ عَقْدُ الإِجَارَةِ عليه يجوز جَعْلُهُ صَدَاقاً، وذلك كالخِيَاطَةِ، [والخِدْمَةِ، وَتَعْلِيمِ][1] القرآن، والحِرَفِ وغيرها.

وعند أبي حَنِيفَةَ: لاَ يَجُوزُ أن يُجْعَلَ تَعْلِيمُ القرآن ومَنْفَعَةُ الحر صَدَاقاً.

لنا: ما رُوِيَ أن امْرَأَةً أَتَتْ رَسُولَ اللهِ ـ صلَّى الله عليه وسلَّم ـ فقالت: يا رَسُولَ الله وَهَبْتُ نَفْسِي لك، وقامت قياماً طَوِيلاً، فقام رجل فقال: يا رَسُولَ اللّهِ، زَوِّجْنِيهَا إن لم يكن لك بها حَاجَةٌ، فقال رسول الله ﷺ: «هَلْ عِنْدَكَ مِنْ شَيْءٍ تُصْدِقُهَا إِيَّاهُ؟» فقال: ما عندي إلا إِزَارِي هذا! فقال رسول الله ﷺ: «إِنْ أَعْطَيْتَهَا إِزَارَكَ جَلَسْتَ لاَ إِزَارَ لَكَ، الْتَمِسْ وَلَوْ خَاتَماً مِنْ حَدِيد» فلم يجد شَيْئاً فقال ﷺ: «هَلْ مَعَكَ مِنَ القُرْآنِ شَيْءٌ؟» قال: نعم سورة كذا، وسورة كذا لسور سَمَّاهَا، فقال رسول الله ﷺ: «زَوَّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ القُرْآنِ»[2].

وفي الفَصْلِ مَسَائِلُ:

---

(١) في ب: والخدمة والبناء وتعليم.

(٢) متفق عليه من حديث سهل بن سعد، واللفظ الذي ساقه الرافعي أخرجه البخاري في باب السلطان ولي، وفي رواية المسلم: زوجتكها تعلمها من القرآن. وفي أخرى لأبي داود: علمها عشرين آية وهي امرأتك، ولأحمد: قد أنكحتكها على ما معك من القرآن.

إحداها: يشترط في تعليم القُرْآن لِتَصبحَّ صَدَاقاً ـ شيئان:

أحدهما: العِلْمُ بالمَشْرُوطِ تعليمه بأحد طريقين:

الأول: بَيَانُ القَدْرِ المُتَعَلَّمِ، بأن يقول: جَمِيعُ القرآن، أو السَّبْعُ الأَوَّلُ أو الأُخَرُ، وفي بعض الشروح إِشَارَةٌ إلى وَجْهٍ آخر أنه لا يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ السبع، ولو عَيَّنَ بالسُّوَرِ والآيات، فعلى ما ذكرنا في الإِجَارَةِ، وبَيَّنَّا هناك الخلاف في أنه هل يشترط أن يَقُولَ بِقِرَاءَةِ نَافِعٍ، وأبي عَمْرٍو، أو غيرهما، والذي أَجَابَ به القاضي ابْنُ كَجٍّ ها هنا أنه لا يُشْتَرَطُ، قَال: ولو شَرَطَ حَرْفَ أبي عمرو عَلَّمَهَا بِحَرْفِهِ، فإن عَلَّمَهَا بحرف الكِسَائِيِّ، فيستحقُّ أُجْرَةَ المِثْلِ، أو لا شيء له حكى فيه وجهين، وحكى قولين في أنها بِمَ تَرْجِعُ على الزَّوْجِ أحدهما بِمَهْرِ المِثْلِ، والثاني بِقَدْرِ التَّفَاوُتِ بين أُجْرَةِ التعليم بالحَرْفِ المشروط، وأُجْرَةِ التَّعْلِيم بالحرف الآخَرِ، فإن لم يكن تَفَاوُتٌ، لم يرجع بشيء، ثم قال: ولا مَعْنَى لهذا الاخْتِلاَفِ، بل الوَاجِبُ، أن يقال يُعَلِّمُهَا حَرْفَ أبي عَمْرٍو، وهو مُتَطَوِّعٌ بما علم، ثم العِلْم بذلك يُشْتَرَطُ في حَقِّ الزوج والوَلِيِّ، فإن لم يكن لهما، أو لأحدهما مَعْرِفَةٌ بالقرآن، وسُوَرِهِ، وأَحْزَابِهِ، قال أبو الفَرَجِ الزَّازُ الطريق التَّوْكِيلُ، وإلا فيرى المُصْحَفَ، ويقال: تَعَلَّمْ من هذا المَوْضِعِ إلى هذا المَوْضِعِ، ولك أن تقول: ما يَنْبَغِي أن يكون هَذَا طَرِيقاً؛ لأن لا يفيد مَعْرِفَةً بحالَ ذلك المُشَارِ إليه صُعُوبَةً وسهولة[1] مأخذ.

والثاني: تَقْدِيرُهُ بالزَّمَانِ؛ بأن يُصْدِقَهَا تَعْلِيمَ القُرْآنِ شَهْراً أو سَنَةً، فيجوز كما لو اسْتَأْجَرَ خَيَّاطاً ليخيط له شَهْراً، وكما يَخيطُ هناك ما شَاءَ المُسْتَأْجر، يعلمها ها هنا المدة المذكورة ما شاءت المرأة، ولو جَمَعَ بين الطريقين، فقال: عَلَى أن أُعَلِّمَهَا مُدَّة شَهْرٍ سورة البقرة، فهو كما لو قال: اسْتَأْجَرْتُكَ لِتَخِيطَ هذا الثَّوْبَ اليَوْمَ، وفيه خلاف تقدم في «الإجارة».

والثاني: أن يكون المَشْرُوطُ تَعْلِيمُهُ قَدْراً، فيه كُلْفَةٌ، فإن لم يكن فيه كُلْفَةٌ، كما إذا شَرَطَ التَّعْلِيمَ لَحْظَةً لَطِيفَةً، أو تعليم قَدْرٍ يَسِيرٍ، وإن كان آيَةً واحدة، كقوله تعالى: ﴿ثُمَّ نَظَرَ﴾ [المدثر: ٢١] وكقوله: ﴿وَالْفَجْرِ﴾ [الفجر: ١] لم يَصِحَّ الإِصْدَاقُ، وهو كبيع حَبَّةٍ من الحِنْطَةِ.

ولو أَصْدَقَهَا تَعْلِيمَ الفَاتِحَةِ، وهو متعين للتعليم، ففي صِحَّةِ، الصَّدَاقِ، وجهان، كنظيره في الإِجَارَةِ، والأَصَحُّ الصِّحَّةُ، ولو نَكَحَهَا على أَدَاءِ شهادة لها عنده، أو نَكَحَ كِتَابِيَّةً على أن يُلَقِّنَهَا كَلِمَةَ الشَّهَادَةِ لم يَجُزْ قاله في «التهذيب»، ثم في إِصْدَاقِ التَّعْلِيم صُوَرٌ:

إحداها: لو كان الزوج لا يُحْسِنُ ما شرط تعليمه، فإن الْتَزَمَ التَّعْلِيمَ في الذِّمَّةِ

---

(١) قال النووي: الصواب أنه لا تكفي الإشارة إذا لم يعلمها فيتعين التوكيل.

جاز، ويأمر غيره بِتَعْلِيمِهَا، أو يَتَعَلَّمُ ويُعَلِّمُهَا، وإن كان الشَّرْطُ أن يُعَلِّمَهَا بنفسه، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يَصِحُّ الصَّدَاقُ؛ لأنه يمكنه أن يَتَعَلَّمَ ويُعَلِّمَ، فصار كما لو أَصْدَقَهَا أَلفاً، وهو لا يملك شَيْئاً.

وأصحهما: المَنْعُ؛ لأن المَنْفَعَةَ المَعْقُودَ عليها غَيْرُ مَقْدُورٍ على تسليمها، ولو شرط أن يَتَعَلَّمَ، ثم يعلمها لم يَجُز أيضاً؛ لأن العَمَلَ مستحقٌّ عليه مُتَعَلِّقٌ بعينه، والأَعْيَانُ لا تقبل التَّأْجِيلَ.

وفي «التتمة» تَفْرِيعاً على الوجه الأول أنها إن أَمْهَلَتْهُ إلى أن يَتَعَلَّمَ فذاك، وإلا فهو مُعْسِرٌ بالصَّدَاقِ، ولو أراد الزَّوْجُ أن يُقِيمَ غيره مَقَامَهُ في تعليم المَشْرُوطِ جاز، إن كان الالْتِزَامُ في الذِّمَّةِ، وإلا لم يَجُزْ، ولو أَرَادَتْ هي أن تُقِيمَ غيرها مَقَامَهَا في التَّعَلُّمِ، ففي إِجْبَارِ الزوج عليه وجهان:

أحدهما: يُجْبَرُ كما لو اسْتَأْجَرَ للرُّكُوبِ، له أن يُرْكِبَ غيره، وهذا أَرْجَحُ عند الإمام.

وأظهرهما: عند الأكثرين المَنْعُ؛ لتَفَاوُتِ طِبَاعِ الناس، واخْتِلاَفِهِمْ في التلقُّن سرعة وَبُطئاً، ومنهم من نَصَبَ الخِلاَفَ في جَوَازِ الإِبْدَالِ مع التَّرَاضِي، فإن فض عَقْدٌ مُجَرَّدٌ، وأُبْدِلَتْ مَنْفَعَةٌ بِمَنْفَعَةٍ جاز لا مَحَالَةَ، كما إذا اسْتَأْجَرَ داراً أو قَبَضَهَا، ثم اسْتَأْجَرَ بمنفعتها دَابَّةً.

ولو أَصْدَقَهَا تعليم ولدها لم يَصِحَّ الصَّدَاقُ، كما لو شرط الصَّدَاقَ لولدها، وبمثله أَجَابَ صاحب «التهذيب» فيما لو أَصْدَقَهَا تَعْلِيمَ غُلاَمِهَا، واسْتَثْنَى ما إذا وجب عليها تَعْلِيمُ الوَلَدِ، وخِتَانُ العَبْدِ، فشرطته عليه صَدَاقاً، قال: يجوز.

وفي «التتمة» أنه يَجُوزُ أن يُصْدِقَهَا تَعْلِيمُ الغُلاَمِ، ولا يجوز أن يُصْدِقَهَا تعليم الوَلَدِ، وهذا أَوْلَى.

الثانية: إذا تَعَذَّرَ التَّعْلِيمُ بأن تعلمت المَشْرُوطَ من غيره، أو كانت بَلِيدَةً لا تَتَعَلَّمُ، أو لا تتعلم إلا بتكلُّفٍ، عَظِيمٍ، وكان الوَقْتُ يَذْهَبُ في تعليمها فوق ما يُعْتَادُ، أو ماتت هي أو مات الزَّوْجُ، والشَّرط أنَ يُعَلِّمَهَا بنفسه، ففي الواجب القولان المذكوران، فيما لو تَلِفَ الصَّدَاقُ قبل القَبْضِ، فعلى الأَصَحِّ يجب مَهْرُ المِثْلِ، وعلى الآخر أُجْرَةُ التَّعْلِيمِ.

ولو اختلف الزَّوْجَانِ، فقال الزوج: عَلَّمْتُكِ ما الْتَزَمْتُ، وأنكرت، فإن لم تُحْسِنْهُ، فالقول قَوْلُهَا وإن أَحْسَنَتْهُ وقالت: تعلمت من غيرك، فالقول قولها؛ لأن الأَصْلَ بَقَاءُ الصَّدَاقِ، وربما تَعَلَّمَتُ من غيره.

وقوله: «لأنها تَدَّعِي عليه بَدَلَ الصَّدَاقِ، والأصل عَدَمُهُ» فيه وجهان:

أرجحهما: عند ابْنِ الصَّبَّاغِ، والمتولي أولهما، وبناء الوجهين فيما ذكر بعضهم على قول تَعَارُضِ الأَصْلِ والظاهرِ.

الثالثة: لو أَصْدَقَهَا تَعْلِيمَ سُورَةٍ، وعلمها، ثم طَلَّقَهَا، فإن دَخَلَ بها، فَذَاكَ، وإلا رَجَعَ عليها بِنِصْفِ أُجْرَةِ التَّعْلِيمِ، كما لو أَصْدَقَهَا عَيْناً وأَقْبَضَهَا، فَتَلِفَتْ عندها، ثم طلقها قبل الدخول يرجع إلى نِصْفِ قِيمَةِ العَيْنِ، وإن طَلَّقَهَا قبل أن يُعَلِّمَهَا، فإنها تَسْتَحِقُّ تعليم الكُلِّ، إن جرى الدخول، وتعليم النِّصْفِ، إن لم يجر، وهل يوفي ذلك أم يقال: إنه فات، وتَعَذَّرَ بالطَّلاَقِ؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يوفي بأن يُعَلِّمَهَا من وَرَاءِ حِجابٍ من غير خَلْوَةٍ، ويجوز ذلك، كما يجوز سَمَاعِ الحديث كذلك، وهذا ما أورده صاحب «التتمة».

وأظهرهما: وهو المذكور في الكتاب، والمنصوص عليه في «المختصر» أنه إذا طَلَّقَهَا تَعَذَّرَ التعليم؛ لأنها صارت مُحَرَّمَةً عليه، ولا يُؤْمَنُ الوُقُوعُ في التُّهْمَةِ، والخَلْوَةِ المُحَرَّمَةِ، لو جَوَّزْنَا التعليم، وليس كسماع الحديث، فإنَّا لو لم نُجَوِّزْهُ لَضَاعَ، وللتعليم بَدَلٌ يُعْدَلُ إليه، فعلى أصح القولين الرجوع إلى جميع مَهْرِ المثال، إن كان الطَّلاَقُ بعد الدُّخُولِ، وإلى نِصْفِهِ إن كان قبل الدخول.

والثاني: الرجوع إلى أُجْرَةِ التعليم، أو نِصْفِهَا[1].

الرابعة: لو نكح كِتَابِيَّةً على أن يُعَلِّمَهَا شَيْئاً من القرآن يَصِحُّ الصَّدَاقُ، إن كان يتوقع منها الإِسْلاَمُ، وإلا فيفسد؛ لأنه لا يَجُوزُ تعليمها خَوْفاً من أن يَصْدُرَ منها ما لا يَلِيقُ بحرمته، ومال مَائِلُونَ إلى الجَوَازِ مُطْلَقاً، ولو نكح مُسْلِمَةً أو ذِمِّيَّةً على تعليم التَّوْارَةِ والإِنْجِيلِ، لم يجزه؛ لأن ما في أيديهم مُبَدَّلٌ لا يجوز الاشْتِغَالُ به، والوَاجِبُ والحالة هذه مَهْرُ المِثْلِ، إذ لا قيمة للمسمى، ولو نَكَحَ ذِمِّيٌّ ذِمِّيَّةً على تَعْلِيمِ التَّوْرَاةِ، أو الإِنجيل، ثم أسلما، أو ترافعا بعد التعليم لم نُوجِبْ شَيْئاً آخر، ولو كان قبل التَّعْلِيمِ وَجَبَ مَهْرُ المِثْلِ، كما في الخَمْرِ المقبوض، وغير المَقْبُوضَةِ إذا جعلت صَدَاقاً.

---

(١) قال الشيخ البلقيني: لو كانت صغيرة لا تشتهي أو صارت محرماً برضاع، حصلت به الفرقة أو عقد عليها بعد ذلك، ينبغي ألا يتعذر التعليم لفقد العلة، ولو أبرأته عقب الطلاق مما في ذمته لها من التعليم، برىء.

وقال في الخادم: محله أي كلام الشيخ المصنف ما إذا كان التعليم مستحقاً عليه في عينه، فإن كان في ذمته فلا يتعذر، بل يستأجر لها من النساء أو من ذوي المحارم من الرجال من يعلمها، صرح به صاحب الوافي وهو حسن، وقد قال الرافعي أنه إذا أصدقها التعليم وهو لا يحسن، فإن كان في الذمة جاز، ويأمر غيره بتعليمها.

فإن أَصْدَقَهَا تَعْلِيمَ غَيْرِ القرآن من الفِقْهِ والأَدَبِ والطِّبِّ والشِّعْرِ ونحوها، فإن كان غير محظور صَحَّ الصَّدَاقُ، وإن كان مَحْظُوراً لم يَصِحَّ، وذلك كالهَجْوِ والفُحْشِ وفيما روى القَفَّالُ الشَّاشِيُّ عن أحمد بن عبد الله بن سيف السجستاني أنه سئل المزني هل يجوز النِّكَاحُ على تَعْلِيم الشعر؟ فقال: إن كان مِثْلَ قَول القائل [الوافر]:

يُرِيدُ المَرْءُ أَنْ يُعْطَى مُنَاهُ ... وَيَأْبَى اللَّهُ إلاَّ مَا أَرَادَا

يَقُولُ المَرْءُ فَائِدَتِي وَزَادِي ... وَتَقْوَى اللَّهِ أَكْرَمُ مَا اسْتَفَادَا

الخامسة: فيجوز لو نكح امْرَأَةً على أن يَرُدَّ عَبْدَهَا الآبقَ، أو جَمَلَهَا الشَّارِدَ وكان الموضع مَعْلُوماً، جاز، وإن كان مَجْهُولاً، فعن أبي الطيب بن سَلَمَةَ، وأبي حَفْصٍ الوَكِيلِ إثبات قول إنه يَجُوزُ كما في الجَعَالَةِ، والصَّحِيحُ أنه لا يَجُوزُ، ويجب مَهْرُ المِثْلِ، بخلاف الجَعَالَةِ، فإنها عَقْدٌ جائز للحاجة، وإنما احتملت الجَهَالَةُ فيه لذلك، فإن رَدَّهُ في صورة الجَهْلِ، فله أَجْرُ مِثْلِ الرَّدِّ، ولها عليه مَهْرُ المِثْلِ، وإذا صَحَّ الصَّدَاقُ، وطلقها بعد رَدِّ العَبْدِ، وقبل الدخول اسْتَرَدَّ منها نِصْفَ أُجْرَةِ المِثْلِ، وإن طلقها مثل رَدِّهِ، فإن كان الطَّلاَقُ بعد الدخول، فعليه الرَّدُّ، وإن كان قبله فعليه الرَّدُّ إلى نِصْفِ الطريق، ثم يُسَلِّمُهُ إلى الحاكم، فإن لم يكن هناك حاكم، أو لم يكن مَوْضِعاً يمكن تَرْكُهُ فيه، ولم يَتَبَرَّعْ بالرَّدِّ إليها قال في «التتمة»: [يؤمر بِرَدِّ إليها، و][1] له عليها نِصْفُ أجرته، ولو تَعَذَّرَ رَدُّهُ بِرَدِّ الغير، أو بِرُجُوعِهِ بنفسه، أو بموته، فقد فَاتَ الصَّدَاقُ قبل القَبْضِ، فعلى أَصَحِّ القولين الرجوع إلى مَهْرِ المِثْلِ، وعلى الثاني الرجوع إلى أُجْرَةِ الرَّدِّ.

السادسة: إذا نكحها على خِيَاطَةِ ثَوْبٍ مَعْلُوم جاز، وله أن يَخِيطَهُ بغيره، إذا التزم في الذِّمَّةِ، وإذا نكح [على][2] أن يخيطَ بنفسه، وعجز عن الخِيَاطَةِ بأن يَدُهُ، أو مات ففيما عليه؟ قولان.

أصحهما: مَهْرُ المِثْلِ.

والثاني: أُجْرَةُ الخِيَاطَةِ، ولو تلف ذلك الثوب، فيتلف الصَّدَاقُ، أو يأتي بثوب مِثْلِهِ؟. فيه وجهان ذكرناهما في «الإِجَارَةِ» قال في «التهذيب»: الأَصَحُّ تَلَفُ الصَّدَاقِ، وهو يُوَافِقُ ما سبق في الإِجَارَةِ أن العراقيين مَالُوا إلى تَرْجِيحِهِ، وحينئذٍ فَيَعُودُ القَوْلاَنِ فيما عليه، وإن طلقها بعد الخِيَاطَةِ، وقبل الدخول، فله عليها نِصْفُ أُجْرَةِ المِثْلِ، وإن طَلَّقَهَا قبل الخِيَاطَةِ، فإن دخل بها، فَعَلَيْهِ الخِيَاطَةِ، وإن لم يدخل خَاطَ نِصْفَهُ، فإن تَعَذَّرَ الضَّبْطُ عاد القولان في أنه يجب مَهْرُ المِثْلِ، أو الأُجْرَةُ.

---

(١) سقط في: أ.

(٢) سقط في: أ.

«فرع»

قال في «التتمة» لو كان له عليها أو على عبدها قِصَاصٌ، فنكحها وجعل النُّزُولَ عن القِصَاصِ صَدَاقاً لها، يجوز، ولو جعل النُّزُولَ عن الشُّفْعَةِ، أو حَدِّ القَذْفِ صَدَاقاً لم يجز، لأن ذلك مما لا يُقَابَلُ بالعِوَضِ، ولا يجوز أن يَجْعَلَ طَلاَقَ امْرَأةٍ صَدَاقاً لأخرى، ولا أن يَجْعَلَ بُضْعَ أَمَتِهِ صَدَاقاً لمنكوحته.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (قَاعِدَةٌ) مَهمَا أَثْبَتْنَا الخِيَارَ بِسَبَبِ زِيَادَةٍ أَوْ نُقْصَانٍ فَلاَ مِلْكَ قَبْلَ الاخْتِيَارِ، وَهَذَا الخِيَارُ لَيسَ عَلَى الفَوْرِ بَلْ كَخِيَارِ رُجُوعِ الوَاهِبِ، فَإِنْ كَانَ لَهَا الخِيَارُ فَأَمْتَنَعَتْ حُبِسَ عَنْهَا عَيْنُ الصَّدَاقِ كَالمَرْهُونِ وَبَاعَ القَاضِي مِنَ الصَّدَاقِ مَا يَفِي بِنِصْفِ القِيمَةِ، فَإِنْ كَانَ لاَ يُشْتَرِيَ النِّصْفُ بِنِصْفِ القِيمَةِ الوَاجِبَةِ فَيُسَلِّمُ إِلَى الزَّوْجِ نِصْفُ الصَّدَاقِ وَيُمَلِّكُ إِذَا قَضَى لَهُ بِهِ، وَإِذْ وَجَبَتْ القِيمَةُ فَهِيَ أَقَلُّ قِيمَةٍ مِنْ يَوْمِ الإِصْدَاقِ إِلى يَوْمِ القَبْضِ إِلاَّ إِذَا وُجِدَ التَّلَفُ فِي يَدِهَا بَعْدَ الطَّلاَقِ فَيُعْتَبَرُ يَوْمُ التَّلَفِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في القاعدة مَسْأَلَتَانِ يُحْتَاجُ إلى معرفتها في الأُصُولِ المتقدمة.

إحداهما: إذا ثَبَتَ الخِيَارُ للمرأة بِسَبَبِ زِيَادَةٍ في الصَّدَاقِ، أو الزوج بسبب نقصان فيه أَوْلَهُمَا لاجتماع المعنيين فلا يملك الزَّوْجُ الشَّطْرَ قبل أن يَخْتَارَ من له الخِيَارُ الرُّجُوعَ بالعين إذا كان الخيار لأحدهما، وقبل أن يَتَوَافَقَا عليه، إن كان الخِيَارُ لهما.

وإن قلنا: إن الطَّلاَقَ يُشَطِّرُ الصَّدَاقَ بنفسه، وإلا لما كان لِلتَّخْيِيرِ، واعتبار التَّوَافُقِ معنى، وليس هذا الخِيَارُ على الفَوْرِ، بل هو كَخِيَارِ الرجوع في الهِبَةِ لا يَبْطُلُ بالتأخير، لكنه إذا تَوَجَّهَتْ طِلْبَةُ الزوج لا تتمكَّنُ المَرْأَةُ من التَّأْخِيرِ، بل تُكَلَّفُ اخْتِيَارَ أحدهما، والزوج لا يُعَيِّنُ في الطَّلَبِ العَيْنَ، ولا القيمة، فإن التَّعْيِينَ يُنَاقِضُ تَفْوِيضَ الأمر إلى رأيهما، ولكن يُطَالِبُهَا بِحَقِّهِ عندها، فإن امتنعت قال الإمام: لا يَقْضِي القاضي فيها على حَبْسِهَا لِبَذْلِ العين، أو القيمة، بل يَحْبِسُ عَيْنَ الصَّدَاقِ عنها، إذا كانت حَاضِرَةً، ويمنعها من التَّصَرُّفِ فيها؛ لأن تَعَلُّقَ حَقِّ الزوج بالصداق فوق تَعَلُّقِ حَقِّ المُرْتَهِنِ بالمَرْهُونِ، والغُرَمَاء بالتركة، فإذا أَصَرَّتْ على الامْتِنَاعِ، فإن كان نِصْفُ القيمة الوَاجِبَةِ دون نِصْفِ العَيْنِ للزيادة الحَادِثَةِ، فيبيع ما يَفِي بالوَاجِبِ من القيمة، وإن لم يَرْغَبْ في شراء البَعْضِ، باع الكل، وصَرَفَ الفَاضِلَ عن القِيمَةِ الواجبة إليها، وإن كان نِصْفُ العَيْنِ مِثْلَ نِصْفِ القيمة الواجبة، ولم تُؤَثِّرِ الزِّيَادَةُ في القيمة، ففيه احتمالان للإمام:

أظهرهما: وهو المذكور في الكتاب أنه يُسَلِّمُ نِصْفُ العين إليه، إذ لا فَائِدَةَ في البَيْعِ ظاهراً، فإذا سلم إليه أَفَادَ قَضَاؤُهُ ثُبُوتَ المِلْكِ له.

الثاني: أنه لا يُسَلِّمُ العين له، بل يبيعه فلعله يجد من يَشْتَرِيهِ بِزِيَادَةٍ.

وقوله في الكتاب: «فإن كان لا يَشْتَرِي النصف بنصف القِيمَةِ الواجبة»، لا ينبغي أن يُخَصَّصَ بما إذا باع النِّصْفَ وَحْدَهُ، بل الحكم فيما إذا بَاعَ النِّصْفَ وحده، وما إذا باع الكُلَّ وَاحِدٌ، والنظر إلى عَدَمِ زِيَادَةِ ثَمَنِ النصف على نِصْفِ القيمة الواجبة.

الثانية: إذا وَجَبَ الرجوعُ إلى القِيمَةِ إما لِهَلاَكِ الصَّدَاقِ، أو لخروجه عن مِلْكِهَا، أو لزيادة فيه أو نُقْصَانٍ، فالمُعْتَبَرُ الأَقَلُّ من قيمته يوم الإِصْدَاقِ، وقيمته يوم القبضِ، لأنه إن كان قيمته يَوْمَ الإِصْدَاقِ أَقَلَّ، فالزيادة بعد ذلك حَادِثَةٌ على ملكها ولا تَعَلُّقَ للزوج بها، وإن كان قِيمَةُ يوم القَبْضِ أَقَلَّ، فما نَقَصَ قبل ذلك، فهو من ضَمَانِهِ، فكيف يرجع عليها بما هو مَضْمُونٌ عليها نعم لو تَلِفَ الصَّدَاقُ في يَدِهَا بعد الطَّلاَقِ، وقلنا إنه مَضْمُونٌ عليها، فتعتبر قيمته يوم التَّلَفِ، لأن الرجوع قد وَقَعَ إلى عين الصَّدَاقِ، ثم تَلِفَ مِلْكُهُ تحت يد مضمنة، وذكر الإمام احْتِمَالاً فيما إذا كانت العَيْنُ قائمةً، وحدثت زِيَادَةٌ أنه كان يَجُوزُ أن يُعْتَبَرَ قيمة يوم الطَّلاَقِ، لا يوم الإِصداق، ولا يوم القَبْضِ، لأنه يوم ارْتِدَادِ الشَّطْرِ إليه، فيقال: ما قيمة هذه العَيْنِ اليوم لو لم يكن فيها زِيَادَةٌ؟!.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (**الفَصْلُ الثَّالِثُ فِي التَّصَرُّفَاتِ المَانِعَةِ لِلرُّجُوعِ**) وَفِيهِ مَسَائِلُ:

(إِحْدَاهَا): لَوْ زَالَ مِلْكُهَا بِجِهَةٍ لاَزِمَةٍ كَبَيْعٍ وَهِبَةٍ وَعِتْقٍ تَعَيَّنَتِ القِيمَةُ، فَإِنْ عَادَ المِلْكُ فَالمِلْكُ العَائِدُ كَالَّذِي لَمْ يَزَلْ عَلَى أَحَدِ القَوْلَيْنِ، وَلَوْ تَعَلَّقَ بِهِ حَقٌّ لاَزِمٌ كَرَهْنٍ وَإِجَارَةٍ تَعَيَّنَتِ القِيمَةُ، فَإِنْ صَبَرَ إِلَى الانْفِكَاكِ فَلَهُ نِصْفُ العَيْنِ وَلَكِنْ لَوْ بَادَرَتْ إِلَى تَسْلِيمِ القِيمَةُ القَبُولُ لِمَا عَلَيْهَا مِنَ الغَرَرِ بِفَوَاتِ العَيْنِ بِآفَةٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مقصود الفَصْلِ بَيَانُ حكم التَّشْطِيرِ بعد ما تَصَرَّفَتِ المرأة [في الصداق][1] وفيه مسائل:

إحداها: إذا أَزَالَتْ مِلْكَهَا عنه بِبَيْعٍ أو هِبَةٍ مع القبض، أو إِعْتَاقٍ لم يملك الزَّوْجُ بالطلاق قبل الدخول نَقْضَ ذلك التَّصَرُّفِ، بل يكون زَوَالُ مِلْكِهَا كالهَلاَكِ، ويرجع الزَّوْجُ إلى نصف بدله، وهو المِثْلُ إن كان مِثْلِيّاً أو القِيمَةِ إن كان مُتَقَوَّماً، فإن لم يَزُلِ المِلْكُ، لكن تَعَلَّقَ به حق الغير، فإن لم يكن حَقّاً لاَزِماً، كما إذا أَوْصَتْ به أو رَهَنَتْهُ أو وَهَبَتْهُ من غَيْرِ قَبْضٍ، فللزوج أن يرجع في نِصفه، لأن مِلْكَهَا بَاقٍ، وليس للغير فيه حَقٌّ متأكد. وفي «الشامل» وغيره نَقْلُ وَجْهٍ أنه لا يَرْجِعُ في نِصْفِ الموهوب، وإن لم يوجد قَبْضٌ كيلا يَبْطُلَ تَصَرُّفُهَا في مِلْكِهَا، وحق هذا أن يُطْرَدَ في الرهن والوَصِيَّةِ، ولو باعت

(١) سقط في: أ.

بشرط الخِيَارِ، وطَلَّقَهَا في مدة الخِيَارِ، حكى أبو سَعْدٍ المتولي وغيره أنا إن جَعَلْنَا المِلْكَ للبائع، فهو كالهِبَةِ، قبل القبض، وإن قلنا: للمشتري، فلا رُجُوعَ له العَيْنِ، وإن كان الحق لاَزِماً، بأن رَهَنَتْهُ، وأقبضته، فليس للزَّوْجِ الرُّجُوعُ إلى نصفه لِتَعَلُّقِ حَقِّ المُرْتَهِنِ بعينه، وإن أَجَّرَتْهُ فقد نَقَصَ الصَّدَاقُ عما كان لاسْتِحْقَاقِ الغير مَنْفَعَتَهُ، فإن شاء رجع إلى نِصْفِ القيمة في الحال، وإن شاء رجع إلى نِصْفِ العَيْنِ مَسْلُوبَةَ المَنْفَعَةِ مُدَّةَ الإجارة[1]. ولو قال: أَصْبِرُ إلى انفكَاكِ [الرهن][2] أو انقضاء مُدَّةِ الإجارة، فإن قال: أَتَسَلَّمُهُ، ثم أسلمه إلى المُرْتَهِنِ، أو المستأجرة، فليس لها الامْتِنَاعُ منه، وإن قال: لا أتسلمه، وأصبر، فلها ألا تَرْضَى به،وتدفع إليه نِصْفَ القيمة؛ لما عليها من خَطَرِ الضَّمَانِ، هذا إذا قلنا إن الصَّدَاقَ في يدها مَضْمُونٌ بعد الطلاق، وهو الأَرْجَحُ، وبه أجاب ها هنا.

وإن قلنا: لا ضَمَانَ أو أَبْرَأَهَا عن الضمان، وصَحَّحْنَا هذا الإِبْرَاءَ فقد حُكِيَ وجهان، في أنه هل يَجِبُ عليها الإجابة [أم لا][3] لأنه قد يَبْدُو له، فَيُطَالِبُهَا بالقِيمَةِ، وتخلو يَدُهَا عن القِيمَةِ يومئذٍ، فإن لم تُوجِبِ الإِجَابَةَ، ولم يطالبها إلى أنه انْفَكَّ الرَّهْنُ أو انْقَضَتْ مُدَّةُ الإجارة، فقد حُكِيَ وجهان، في أنه هل يَتَعَلَّقُ بالعين لزوال المانع أو القيمة لأنه المَانِعَ الذي كان بالعين نقل حقّه إلى القيمة، فلا يرجع إليها.

وتَزْوِيجُ جَارِيَةِ الصَّدَاقِ كالإجارة، ولو زال مِلْكُهَا، وعاد، ثم طلقها قبل الدُّخُولِ، فوجهان:

أحدهما: أن حَقَّ الزَّوْجِ يَتَعَلَّقُ بالعين، وكأنه لم يَزُلْ.

والثاني: أن حَقَّهُ يَنْتَقِلُ إلى البَدَلِ، لأن المِلْكَ الآنَ مُسْتَفَادٌ من جهة أخرى، لا من جِهَةِ الصَّدَاقِ، وهذا كالخلاف في أن المَوْهُوبَ إذا خَرَجَ عن مِلْكِ الولد، ثم عاد هل يرجع الوالد فيه؟. فيما إذا خَرَجَ المَبِيعُ عن مِلْكِ المشتري، ثم عاد، وقد أَفْلَسَ بالثَّمَنِ، واختار ابْنُ الحَدَّادِ انْتِقَالَ حَقِّ الزوج إلى البَدَلِ، وساعده الشيخ أبو عَلِيٍّ.

وقال أكثرهم: الأَصَحُّ ههنا أن حَقَّ الزَّوْجِ يَتَعَلَّقُ بالعين، بخلاف مسألة الهِبَةِ، لأن الرُّجُوعَ في الهِبَةِ يَخْتَصُّ بالعَيْنِ، واختص بذلك المِلْك، ورجوع الزوج لا يَخْتَصُّ بالعَيْنِ، بل يَتَعَلَّقُ بالبَدَلِ، فالعين العائدة أَوْلَى بالرجوع من بَدَلِ الفَائِتَةِ هذا إذا زَالَ المِلْكُ بجهة لاَزِمَةٍ، فإن زال بجهة غير لاَزِمَةٍ، كما إذا بَاعَتْ بشرط الخِيَارِ، وقلنا بزوال

---

(١) هذا ظاهر إذا أجرته لغيره، أما لو أجرته له فقد تقدم قريباً أنه على رأي ابن الحداد تنفسخ الإجارة.

(٢) سقط في: أ.

(٣) سقط في: أ.

المِلْكِ، وفَسْخِ البيع، ثم طَلَّقَهَا، فالخلاف بالتَّعَلُّقِ بالعَيْنِ مُرَتَّبٌ، وأولى بأن يَثْبُتَ.

ولو كاتَبَتْ عَبْدَ الصَّدَاقِ، وعَجَزَ نَفْسَهُ، ثم طلقها، فعن القاضي الحُسَيْنِ: إجْرَاؤُهُ مُجْرَى الزَّوَالِ اللازم وقال الإمام: ينبغي أن يُرَتَّبَ هذا على زَوَالِ المِلْكِ؛ لأن المُكَاتَبَ عَبْدٌ بقِيَ عليه دِرْهَمٌ، ولا شَكَّ أن عُرُوضَ الرَّهْنِ، وَزَوَالَهُ قبل الطلاق لا يُؤَثِّرُ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الثَّانِيَةُ) لَوْ أَصْدَقَهَا عَبْداً فَدَبَّرَتْهُ لَمْ يَقْدِرِ الزَّوْجُ عَلَى إِبْطَالَ التَّدْبِيرِ بِحُكْمِ الرُّجُوعِ لأَنَّهَا قُرْبَةٌ مَقْصُودَةٌ فَهِيَ كَزِيَادَةٍ مُتَّصِلَةٍ، وَقِيلَ قَوْلاَنِ، وَقِيلَ: يَرْجِعُ قَطْعاً وَهُوَ القِيَاسُ، وَقَدِ اخْتَلَفُوا عَلَى النَّصِّ فِي أَنَّ تَعْلِيقَ العِتْقِ هُوَ كَالتَّدْبِيرِ وَوَصِيَّةُ العَبْدِ بِالعِتْقِ هَلْ هِيَ كَالتَّدْبِيرِ؟ وَأَنَّ التَّدْبِيرَ هَلْ يَمْنَعُ رُجُوعَ الوَاهِبِ وَرُجُوعَ البَائِعِ؟.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا أَصْدَقَ امْرَأَتَهُ عَبْداً فَدَبَّرَتْهُ، ثم طَلَّقَهَا قبل الدخول، نقل المُزَنِيُّ عن نصه أنه لا يرجع في نِصْفِ المُدَبَّرِ، بل يَعْدِلُ إلى نِصْفِ القيمة، ثم اخْتَارَ تَمْكِينَهُ من الرجوع في نِصْفِهِ. وللأصحاب في المسألة ثَلاَثَةُ طرق:

أحدها: أن في تَمْكِينِهِ من الرجوع قولين؛ بنَاءً على أن التَّدْبِيرَ تَعْلِيقُ عِتْقٍ بِصِفَةٍ أو وصية إن قلنا: وصية، فله الرُّجُوعُ إلى نصفه، كما لو أَوْصَتْ به لإنسان، ثم طَلَّقَهَا.

وإن قلنا: تعليق عتق بِصِفَةٍ. عدل إلى القيمة؛ لأن التَّعْلِيقَ حَقٌّ لاَزِمٌ لاَ رُجُوعَ عنه، فمنع الارتداد إلى الزَّوْجِ، بخلاف الوصية.

الثاني: قضية نَصِّهِ في «الأم» القَطْعُ بأنه لا يرجع، سواء جعل التدبير وَصِيَّةً له، أو تَعْلِيقَ عِتْقٍ، لأن التَّدْبِيرَ قُرْبَةٌ مَقْصُودَةٌ، فليس للزوج تَفْوِيتُهَا، كالزيادات المُتَّصِلَةِ، ولأن العَبْدَ بالتدبير قد ثَبَتَ له حَقُّ الحرية، والرجوع يُفَوِّتُهُ بالكلية، وإذا لم يرجع الزَّوْجُ إلى العَيْنِ لا يُفَوَّتُ حقه بالكلية، بل ينتقل إلى البَدَلِ.

والثالث: القَطْعُ بأنه يرجع.

أما إذا كان وَصِيَّةً، فظاهر، وأما إذا كان تَعْلِيقاً، فلأن التَّعْلِيقَ يرتفع بإزالة المِلْكِ، والطَّلاَقُ يَتَضَمَّنُ إِزَالَةَ المِلْكِ، وأيضاً فإن التَّدْبِيرَ لا يمنع إِزَالَةَ المِلْكِ اختياراً، فَأَوْلَى ألا يمنع الرُّجُوعِ القَهْرِيِّ، وحمل هؤلاء قَوْلَهُ: «لا يرجع» على أنه لا يَتَعَيَّنُ الرُّجُوعُ إلى نِصْفِ العبدِ، بل له أن يَعْدِلَ إلى نِصْفِ القيمة، لأن التَّدْبِيرَ يَبْقَى في النصف الآخر، وذلك مما يوجب نُقْصَانَ القِيمَةِ وبهذا أجاب صاحب «التتمة» وغيره، لكن أبا عبد الله الحناطِيَّ ذَكَرَ وَجهاً آخر: أنه يَرْجِعُ إلى النصف، وينقض التَّدْبِيرُ في الكل، وسواء ثَبَتَ الخِلاَفُ أم لا، فالظاهر ما صَرَّحَ به القاضي الرُّويَانِيُّ، والموفق بن طَاهِرٍ، وَدَلَّ عليه كَلاَمُ غيرهما: أن التدبير يَمْنَعُ الرجوع؛ لأن ما فيه من غَرَضِ القُرْبَةِ لا يتقاعد عن الزِّيَادَاتِ المُتَّصِلَةِ التي لا تُؤَثِّرُ في القِيمَةِ، وتعلق بها نوع غرض، ثم الحكاية عن شَرْحِ

أَبي إِسْحَاقَ، وغيره: أن الخِلاَفَ فيما إذا كانت المرأة مُوسِرَةً تَتَمَكَّنُ من أَدَاءِ القيمة، فإن لم تكن، فله الرجوع إلى نِصْفِ العبد، لا مَحَالَةَ، ويَتَعَلَّقُ بالاختلاف المذكور.

«فروع»

أحدها: إذا مَكَّنَاهُ من الرُّجُوعِ، فالمَفْهُومُ من كلام عَامَّتِهِمْ أنه يَسْتَقِلُّ به، ولا حَاجَةَ إلى أن تقدم المرأة رُجُوعاً عن التَّدْبِيرِ.

وقال الحناطي: يحتمل أن يقال: يُجْبَرُ على الرجوع عنه، وإعْطَاءِ الزَّوْجِ النِّصْفَ، فإن امتنعت، قام الحاكم مَقَامَهَا، وفَسَخَ عليها.

والثاني: لو رَجَعَتْ عن التدبير بالقَوْلِ، وجَوَّزْنَا، ثم طلقها، وفَرَّعْنَا على أن التدبير يمنع الرُّجُوعَ، فطريقان:

أحدهما: القَطْعُ بأنه يتمكَّنُ من الرُّجُوعِ إلى نصفه، لأن المِلْكَ لم يَزُلْ عنه.

والثاني: أنه كما لو دَبَّرَتْهُ، ثم بَاعَتْهُ ثم ملكته ثانياً، ثم طَلَّقَها الزوج قبل الدخول، وفيه الخِلاَفُ السَّابِقُ في عَوْدِ المِلْكِ بعد زَوَالِهِ والظاهر التمكُّنُ، ومع هذا التمكُّنِ لو تَرَكَهُ، وطَلَبَ نِصْفَ القيمة، أُجِيبَ إليه خَوْفاً من أن يقضي قَاضٍ بِبُطْلاَنِ الرجوع، والبيع.

وبعض الشارحين لـ «المختصر» ذكر هذا، ولو طَلَّقَهَا وهو مُدَبَّرٌ، وقلنا: إن حَقَّ الزوج في القِيمَةِ، فرجعت عن التدبير بلفظ الرجوع، وجَوَّزْنَاهُ، أو بإزَالَةِ المِلْكِ عنه، ثم عاد إليها قبل أَخْذِ القِيمَةِ، ففي الرجوع إلى نِصْفِ العَبْدِ وجهان، حكاهما الشيخ أبو حَامِدٍ، لأن المانع قد ارْتَفَعَ، ويجري الوَجْهَانِ فيما إذا طَلَّقَهَا، والصَّدَاقُ نَاقِصٌ، ثم زال النُّقْصَانُ قبل أخذ القيمة، هل يَعُودُ حَقُّهُ إلى العَيْنِ، وفيما إذا طلقها، ومِلْكُهَا زَائِلٌ عن الصداق، ثم عاد قبل أَخْذِ القِيمَةِ، ففي وجه: هو كما لو زَالَ، وعاد قبل الطَّلاَقِ.

والثالث: رَتَّبُوا تَعْلِيقَ العِتْقِ بِالصِّفَةِ على التدبير، واختلفوا في كَيْفِيَّةِ الترتيب، فجعل بَعْضُهُمْ التَّعْلِيقَ أَوْلَى بأن يمنع الرُّجُوعِ، وقال: إن منع التَّدْبِيرُ، فالتعليق أَوْلَى، وإن لم يمنع التَّدْبِيرُ، ففي التَّعْلِيقِ وجهان، والفَرْقُ أن التَّعْلِيقَ لا يجوز الرُّجُوعُ عنه باللفظ، وفي التَّدْبِيرِ خِلاَفٌ، فكان التَّعْلِيقُ أَوْلَى.

وعكس آخرون، فقالوا: [إن لم يمنع التدبير][1] فالتعليق أَوْلَى بألا يَمْنَعَ الرُّجُوعَ، وبه أجاب الشيخ أبو محمد في «الفروق» وفرق بأن التَّدْبِيرَ قُرْبَةٌ مَحْضَةٌ، وتعليق العِتْقِ ليس عَقْدَ قُرْبَةٍ، وإنما يقصد به مَنْعٌ أو حَثٌّ، وإيراد الكتاب إلى هذه الطريقة أَقْرَبُ،

---

(١) سقط في: أ.

وكلام صاحب «التهذيب» يُوافِقُ الأول، وقال: المذهب أنه يَمْنَعُ الرُّجُوعَ، ولو أوصت للعبد بِعِتْقِهِ، فهل هو كالتَّدْبِيرِ في منع الرُّجُوعِ فيه وجهان:

أحدهما: نعم لِتَعَلُّقِ العتق به.

وأظهرهما: وبه أجاب الشيخ أبو حَامِدٍ لا؛ لأن الإِيصَاءَ ليس عَقْدَ قُرْبَةٍ، بخلاف التدبير.

والرابع: هل يمنع التَّدْبِيرُ رُجُوعَ البائع، فيما إذا بَاعَ عَبْداً بثوب، وتَقَابضا، ودَبَّرَ المشتري العَبْدَ، ثم وَجَدَ البَائِعُ بالثوب عَيْباً، وكذلك هل يَمْنَعُ رجوع الواهب فيه وجهان؛ تَفْرِيعاً على قَوْلَنَا: إنه يمنع التَّشَطُّرَ.

أحدهما: أنه يمنعهما، كما يمنع التشطُّرَ.

وأصحهما: لا، بل له الرجوع، ويَنْتَقِضُ التدبير لِقُوَّةِ الفَسْخِ، ولذلك تمنع الزِّيَادَاتُ المُتَّصِلَةُ التَّشَطُّرَ، ولا تمنع الفَسْخَ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **(الثَّالِثَةُ) لَوْ أَصْدَقَهَا صَيْداً وَالزَّوْجُ مُحْرِمٌ عِنْدَ الطَّلاَقِ لَمْ يَمْتَنِعْ رُجُوعُ النِّصْفِ عَلَى وَجْهٍ لأَنَّهُ مِلْكٌ قَهْرِيٌّ كَالإِرْثِ، ثُمَّ إِنْ غَلَّبْنَا حَقَّ اللَّهِ تَعَالَى وَجَبَ الإِرْسَالُ وَعَلَيْهِ قِيمَةُ نِصْفِهَا.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قد سَبَقَ في «كتاب الحج» ذِكْرُ الخِلاَفُ أن المُحْرِمَ إذا اشترى صَيْداً بريأً، أو اتَّهَبَهُ هل يملكه، والخِلاَفُ في أن من أَحْرَمَ وفي مِلْكِهِ صَيْدٌ، هل يَزُولُ مِلْكُهُ عنه؟ وأن الإِحرام لا يمنع مِلْكَهُ بالإِرْثِ، وفيه شيء ضَعِيفٌ إذا تَذَكَّرْتُ ذلك، فلو أَصْدَقَهَا صَيْداً، ثم أَحْرَمَ، ثم ارْتَدَّتِ المَرْأَةُ، فيعود الصَّدَاقُ إلى مِلْكِهِ؛ لأنه لا اخْتِيَارَ له، فَأَشْبَهَ لإِرْثَ، وليجيء فيه الوَجْهُ المذكور في الإِرْثِ، وإن طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ، وهو مُحْرِمٌ، وهذه مَسْأَلَةُ الكتاب، فَيَنْبَنِي على أن نِصْفَ الصَّدَاقِ يَعُودُ إلى الزَّوْجِ بنفس الطَّلاَقِ، أم باختيار التَّمَلُّكِ، وهذا أَصْلٌ قد تَقَدَّمَ.

فإن قلنا باخْتِيَارِ التَّمَلُّكِ، فليس له اخْتِيَارُ الصَّيْدِ ما دام مُحْرِماً، وإن فَعَلَ كان كما لو اشْتَرَى صَيْداً. وإن قلنا بنفس الطَّلاَقِ، ففي عَوْدِ النِّصْفِ إليه وجهان:

أحدهما: لا يَعُودُ وينتقل حَقُّهُ إلى القِيمَةِ؛ لأن المُحْرِمَ لا يَتَمَلَّكُ الصَّيْدَ بالاختيار، والطَّلاَقُ يَتَعَلَّقُ باختياره.

وأظهرهما: أنه يَعُود؛ لأن الطَّلاَقَ لا يَنْشَأُ لاجْتِلاَبِ المِلْكِ، وإنما العَقْدُ فيه الفِرَاقُ، وعَوْدُ النِّصْفِ إلى الزوج رَتَّبَهُ الشَّرْعُ عليه قَهْراً، فكان كالإِرْثِ.

وفي «الشامل» «والتتمة»: بِنَاءُ عَوْدِ المِلْكِ في النصف؛ على أن المِلْكَ في الصَّيْدِ

هل يَزُولُ بالإِحْرَام، إن قلنا: يزول، فلا يَعُودُ النصف إليه، بل يَنْتَقِلُ حَقُّهُ إلى القيمة، وإن قلنا: لا يَزُولُ، فَيَعُودُ، ولا بدّ من اطِّرَادِ الخِلاَفِ، هذا في عَوْدِ الكُلِّ بالرِّدَّةِ، وإذا عاد الكُلُّ بالرِّدَّةِ، إليه، فيجب عليه إِرْسَالُهُ، فإن المُحْرِمَ مَمْنُوعٌ من إِمْسَاكِ الصَّيْدِ هكذا ذكر الشيخ أبو عَلِيٍّ، وغيره في هذه المَسْأَلَةِ، وهو وَجْهٌ قد ذَكَرْنَاهُ في كتاب «الحج»، تَفْريعاً على أن المحرم يَرِثُ الصَّيْد باختياره وقد حَكَمْنَا أن بَعْضَهُمْ قال: يَزُولُ مِلْكُهُ، كم ورث، وهو المذكور في الكتاب هُنَاكَ، ولا فَرْقَ بين البَابَيْنِ، وإذا عاد النِّصْفُ بالطَّلاَقِ، وقلنا بوُجُوبِ الإِرْسَالِ، ولم نَقُلْ بزَوَالِ المِلْكِ، ولا يكن إِرْسَالُ النِّصْفُ إلا بإِرْسَالِ الكل، فخرج مُخَرِّجُونَ وُجُوبَ الإِرْسَالِ على الأَقْوَالِ، فيما إذا ازْدَحَمَ حَقُّ اللَّهِ - تعالى - وحق الآدَمِيِّ، إن قَدَّمْنَا حَقَّ الله - تعالى - وَجَبَ عليه الإِرْسَالُ، وغُرِّمَ نصف القيمة لها، وإن قَدَّمْنَا حَقَّ الآدَمِيِّ لم يَجُزِ الإِرْسَالُ، وعليه نِصْفُ الجَزَاءِ لو تَلِفَ في يده، أو في يدها، وإن سَوَّيْنَا فَالخِيَرَةُ إليهما، فإن اتَّفَقَا على الإِرْسَالِ، غُرِّمَ لها النصف، وإلا بقي مُشْتَركاً بينهما، وهو في ضَمَان نِصْفِ الجَزَاءِ، وفيه كَلاَمَانِ:

أحدهما: أنه قد يُسْتَبْعَدُ التخريج على الأَقْوَالِ المذكورة؛ لأن الأَقْوَالَ فيما إذا ازْدَحَمَ حَقُّ الله تعالى - وحَقُّ الآدَمِيِّ على مَحَلٍّ وَاحِدٍ، كازْدِحَام الزَّكَاةِ والدُّيُونِ في التركة، وها هنا النِّصْفُ الذي تَمْلِكُهُ المَرْأَةُ لا ازْدِحَامَ فيه، فإنها غير مُحْرِمَةٍ، وليس على المُحْرِمِ إِرْسَالُ مِلْكِ الغَيْرِ، وإذا تَضَمَّنَ إِرْسَالُهُ مِلْكَ نَفْسِهِ تَفْويتَ مِلْكِ الغير، وَجَبَ أن يُمْنَعَ منه، وهذا ما ذكره الشَّيْخُ أبو علي في الشَّرْحِ.

والثاني: لأنا إذا أَوْجَبْنَا الإِرْسَالَ، كان هذا شَبِيهاً بِسِرَايَةِ العِتْقِ إلى نصيب الشريك، فَيَخْتَصّ بالمُوسِرِ كالسِّرَايَةِ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **(الفَصْلُ الرَّابِعُ فِي هِبَةِ الصَّدَاقِ مِنَ الزَّوْجِ) وَذلِكَ يَنْفَذُ فِي الدَّيْنِ بِلَفْظِ العَفْوِ وَالإِبْرَاءِ، وَلاَ حَاجَةَ إِلَى القَبُولِ، وَيَنْفَذُ بِلَفْظِ الهِبَةِ وَيَحْتَاجُ إِلَى القَبُولِ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَلَفْظِ العَفْوِ وَالإِبْرَاءِ لاَ يُزِيلُ المِلْكَ فِي العَيْنِ، وَلَيسَ لِلوَلِيِّ العَفْوُ عَنْ صَدَاقِ الصَّغِيرَةِ عَلَى الجَدِيدِ، وَفِي القَدِيمِ لَهُ ذَلِكَ إِنْ كَانَ مُجْبِراً وَلَمْ تَكُنْ مُسْتَقِلَّةً وَجَرَى بَعْدَ الطَّلاَقِ وَقَبْلَ الدُّخولِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الفصل مَعْقُودٌ لِبَيَانِ حُكْم الشَّطْرِ، فيما إذا وَهَبَتِ الصَّدَاقَ من الزَّوج، ثم طَلَّقَهَا قبل الدخول، وهو مُصَدَّرٌ بِبَيَانِ قاعدتين مُسْتَمَدَّتَيْنِ من قوله تعالى: **﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلاَّ أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى﴾** [البقرة: ٢٣٧].

ومعنى الآية: أن الصَّدَاقَ يَنْتَصِّفُ بالطَّلاَقِ قبل الدُّخول، إلا أن تَعْفُو الزَّوْجَةُ

وتَبَرَّعَ بحقها، فيعود جَمِيعُ الصَّدَاقِ إلى الزَّوْجِ، واختلفوا فيمن بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ، فقال في القديم: المُرادُ منه الوَلِيُّ، والمعنى إلا أَنْ تَعْفُو المَرْأَةُ إن كانت من أَهْلِ العَفْوِ، أو وَلِيُّهَا إذا لم تكن من أَهْلِ العفوِ، فيعود جَمِيعُ الصَّدَاقِ إلى الزَّوْجِ، وبهذا قال مَالِكٌ، ويروى عن ابن عَبَّاسٍ ـ رضي الله عنهما ـ، وَوُجِّهَ بأن أَوَّلَ الآية خِطَابٌ للأزواج، فلو أراد بمن بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ الأَزْوَاجَ، لما عَدَلَ من المُخَاطَبَةِ إلى الغيبة بل قال إلا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ تعفوا أنتم.

وقال في الجديد: المُرَادُ منه الزَّوْجُ، والمعنى: أو يَعْفُو الزَّوْجُ عن حَقِّهِ فَيَخْلُص لها جَمِيعُ الصَّدَاقِ، ولا يَنْتَصِفُ، وبه قال أبو حنيفة، ويروى عن عَلِيٍّ ـ كرم الله وَجْهَهُ ـ ووجه القِيَاسُ البَيِّنُ، وهو أن الوَلِيَّ لا يُسْقِطُ حَقَّ المولى عليه، إذا عُرِفَ ذلك، فالقَاعِدَةُ الأولى في ألفاظ التَّبَرُّعِ من الزَّوْجِ، أو الزوجة، والواجب عند الطَّلاَقِ قبل الدُّخُولِ، إما أن يكون دَيْناً أو عَيْناً، والدَّيْنُ قد يكون في ذِمَّةِ الزَّوْجِ، بأن أَصْدَقَهَا في الأَصْلِ دَيْناً، وقد يكون في ذِمَّتِهَا بأن أَقْبَضَهَا الصَّدَاقَ، وكان عَيْناً أو دَيْناً، فَتَصَرَّفَتْ فيه، واسْتَهْلَكَتْهُ، فينظر إن تَبَرَّعَ مستحق الدَّيْنِ بإِسْقَاطِهِ، نَفَذَ بلفظ العَفْوِ والإِبْرَاءِ والإِسْقَاطِ والتَّرْكِ.

وحكى الحناطي وَجْهَيْنِ في أن لَفْظَ التَّرْكِ صَرِيحٌ أو كِنَايَةٌ، ولا حَاجَةَ [في هذه الألفاظ][1] إلى قبول مَنْ عليه على المَذْهَب.

وفيه وجه مذكور في باب الضَّمَانِ، وينفذ بلفظ الهِبَةِ والتَّمْلِيكِ، وفيهما وجه آخر حكاه ابن كج[2] والظَّاهِرُ الأَوَّلُ، وهل يحتاج اللَّفْظَانُ إلى القَبُولِ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كما لو اسْتُعْمِلاَ في الأَعْيَانِ.

وأظهرهما: وهو المذكور في «التهذيب» ـ المَنْعُ؛ اعتماداً على حَقِيقَةِ التَّصَرُّفِ، وهي الإِسْقَاطِ، وإن تبرع من في ذمته بالنِّصْفِ الآخر، فالطريق أن ينقله ويملكه ويقبله صَاحِبه، ويقبضه، فإنه ابْتِدَاءُ هِبَةٍ منه، فلا يَنْتَظِمُ لَفْظُ العَفْوِ والإِبْرَاءِ من جِهَتِهِ، نعم لو كان الصَّدَاقُ في ذِمَّةِ الزوج، وقلنا: إنه لا يَتَشَطَّرُ بنفس الطَّلاَقِ، ولكن له اخْتِيَارُ التَّمَلُّكِ، فإذا قال: عَفَوْتُ سقط خِيَارُهُ، كما لو عَفَا عن الشُّفْعَةِ تسقط، ويبقى جَمِيعُ الصَّدَاقِ في ذِمَّتِهِ، وأما إذا كان الصَّدَاقُ عَيْناً، فالتَّبَرُّعُ فيها هِبَةٌ ممن المَالُ في يده.

فأما إن كان في يد المُتَبَرِّعِ، فلا بدّ من الإِيجَابِ والقَبُولِ والقبض، وإن كان في يَدِ الآخر، فهو هِبَةُ المَالُ في يده فتعتبر مدة إِمْكَانِ القبض، وهل يحتاج إلى إِذْنٍ جَدِيدٍ في القَبْضِ بهذه الجهة؟ فيه خلاف قد سَبَقَ في «كتاب الرَّهْنِ»، وإذا كانت العَيْنُ عند

---

(١) سقط في: أ.

(٢) في ب: القاضي ابن كج.

الطَّلاَقِ في يَدِ الزَّوْجِ، فذلك قد يكون بعد ما قَبَضَهَا، وقد يكون باسْتِمْرَارِ يده التي كانت قَبْلَ الإِصْدَاقِ، وعلى التقدير الثَّانِي يزيد النَّظر في أن تَبَرُّعَهَا كَهِبَةِ المَبِيعِ من البائع، قبل القَبْضِ إذا قلنا: إن الصَّدَاقَ في يده مَضْمُوناً ضَمَانَ العَقْدِ والتبرع في العَيْنِ تَنْفُذُ بلفظ الهِبَةِ والتَّمْلِيكِ، ولا يَنْفُذُ بلفظ الإِبْرَاءِ والإِسْقَاطِ، وفي لفظ العَفْوِ وجهان:

أحدهما: أنه لا مَجَالَ له في الأَعْيَانِ، كالإِبْرَاءِ، وهذا ما أَوْرَدَهُ صاحب الكتاب.

والثاني: وهو الأَصَحُ عند الشَّيْخ الفَرَّاءِ والمُتَوَلّي أنه يجوز اسْتِعْمَالُهُ في الصَّدَاقِ، لظاهر القُرْآنِ، فَطَرَدَ الحناطي وَجْهَيْنِ في الإِبْرَاءِ والإِسْقَاطِ، وهذا في تَبَرُّعِ الزَّوْجَةِ على الزَّوْجِ، وفي تَبَرُّعِ الزوج عليها إذا مَلَّكْنَاهُ النِّصْفَ بنفس الطَّلاَقِ، أما إذا قلنا: إن له خِيَارَ التَّمَلُّكِ، فيعتبر لَفْظُ العَفْوِ فِي إِسْقَاطِ الخِيَارِ، ويبقى الجَمِيعُ على ملكها.

القاعدة الثانية: اختلف قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ـ رضي الله عنه ـ في أن الوَلِيَّ هل له العَفْوُ عن صَدَاقِ مُوَلِّيَتِهِ؛ بناءً على الخِلاَفِ السَّابِقِ، في قوله تعالى: ﴿**أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ**﴾ [البقرة: ٢٣٧] فالجديد المنع، والقديم أن له ذلك، ولكن بشروط:

أحدها: أن يكون الوَلِيُّ أباً أو جَدّاً، فأما غَيْرُ الأب والجد، فليس له العَفْوُ؛ لِقَصُورِ شفقته، ولأنه لا يَلِي التَّصَرُّفَ النَّافِعَ في مَالِهَا، فَأَوْلَى ألا يَلِيَ إِسْقَاطَهُ.

والثاني: أن تكون المُوَلِّيَةُ بِكْراً عَاقِلَةً صَغِيرَةً، أما الثَّيِّبُ فلا يجوز العَفْوُ عن صَدَاقِهَا؛ لأن الوَلِيَّ لا يَسْتَقِلُّ بنكاحها، فليست بيده عُقْدَةُ النكاح، وفيه وجه آخر والظَّاهِرُ الأول.

وفي المجنونة وجهان:

أحدهما: الجَوَازُ؛ لإِطْلاَقِ الآية.

وأظهرهما: وهو الجَوَابُ في «التهذيب» وغيره المَنْعُ؛ لأنه يُرْجَى في العَفْوِ عن صَدَاقِ العَاقِلَةِ تَرْغِيب الخَاطِبِينَ فيها، وَتَخْلِيصُهَا ممن هي في نِكَاحِهِ؛ لِيَتَزَوَّجَهَا مَنْ هو خَيْرٌ منه، والمجنونة لا تَكَادُ يُرْغَبُ فيها، فلا مَعْنَى، لإِسْقَاطِ حَقِّهَا الثابت لأَمْرٍ لا يكاد يحصل. قال في «التتمة»: وكذا البَالِغَةُ المَحْجُورُ عليها بالسَّفَهِ، وأما العَاقِلَةُ البالغة البِكْرُ، ففيها وجهان:

أحدهما: جَوَازُ العَفْوِ عن صَدَاقِهَا؛ لأن الأب والجَدَّ يَسْتَقِلاَّنِ بِنِكَاحِهَا استقلالهما بنكاح الصَّغِيرَةِ.

وأصحهما: المَنْعُ؛ لأن التَّصَرُّفَ والنَّظَرَ في مالها إليها، لا إلى الوَلِيِّ، وبنى أبو الفَرَجِ الزاز الوَجْهَيْنِ على اختلاف الأَصْحَابِ، في أنه لو مَلَكَ العَفْوَ في الصغيرة، فمن قَائِلٍ إن المَهْرَ مَالٌ اكْتَسَبَهُ لها، فإذا أَسْقَطَهُ فكأنه لم يكتسب، ومن مُعَلِّل بأن مَالَهَا تحت

يَدِهِ، ونَظَرِهِ، فيأتي فيه بما يَسْتَصْوِبُهُ، ويراه مَصْلَحَةً لها، ويقرب من هذا وَجْهَانِ[١]، ذكرهما صاحب «التتمة» فيما إذا زَوَّجَهَا الأَبُ، ومات، وأراد الجَدُّ العَفْوَ، ففي وجه لا يَجُوزُ؛ لأن المَالَ لم يَحْصُلْ بِكَسْبِهِ، وفي وجه يجوز؛ لأنه تحت تَصَرُّفِهِ، وفيه نَظَرٌ.

والثالث: أن يكون بَعْدَ الطَّلاَقِ، أما العَفْوُ قبله، فلا يَصِحُّ؛ لأن الزوج قد يَدْخُلُ بها بَعْدَ العَفْوِ، فيفوت مَنْفَعَةَ البُضْعِ عليها بلا عِوَضٍ، وفيما علق عن الإمام أن الشَّيْخَ أبا محمد جَوَّزَ العَفْوَ قبل الطَّلاَقِ، إذا رأى الوَلِيُّ المَصْلَحَةَ فيه.

والرابع: أن يكون قبل الدُّخُولِ، أما بعده فلا يجوز العَفْوُ لِفَوَاتِ مَنْفَعَةِ البُضْعِ عليها باسْتِيفَائِهِ.

الخامس: أن يكون الصَّدَاقُ دَيْناً في ذِمَّةِ الزَّوْجِ، أما إذا أَصْدَقَهَا عَيْناً أو دَيْناً وَقَبَضَتْهُ لم يكن له العَفْوُ، لاحْتِوَاءِ اليَدِ عليه، وكَمَالِ المِلْك في العَيْنِ.

وعن الشيخ أبي محمد التَّسْوِيَةُ بين العَيْنِ والدَّيْنِ، ولو أراد الوَلِيُّ مُخَالَعَةَ الصغيرة على نِصْفِ الصَّدَاقِ الذي يَسْتَحِقُّهُ، فيبنى ذلك على جَوَازِ العَفْوِ، إن جَوَّزْنَاهُ صحت المُخَالَعَةُ هكذا ذكر صاحب «التهذيب»[٢] وغيره.

وفي «الوسيط»: حِكَايَةُ وجهين في صِحَّةِ الخُلْعِ، مع التَّفْرِيعِ على صِحَّةِ العفو. وقال: الظاهر المَنْعُ والأشبه الأَوَّلُ.

وقوله في الكتاب: «له ذلك إن كان مجبراً» يفيد التَّخْصِيصَ بالأب والجد، وبحالة البَكَارَةِ، فإن الإِجْبَارَ حينئذٍ يَتَحَقَّقُ.

وقوله: «ولم تكن مُسْتَقِلَّةً» أي: بأمر مَالِهَا، وتخرج عنه البِكْرُ البَالِغَةُ، حتى لا يجوز العَفْوُ عن مَهْرِهَا، على ما ذكرنا أنه أَصَحُّ الجوابين فيها، لكن يدخل فيه المَجْنُونَةُ، وقد تَقَدَّمَ أنه لا يجوز العَفْوُ عن مَهْرِهَا أيضاً، ولم يَتَعَرَّضْ في الشروط لكون الطَّلاَقِ قبل الدخول، ولا بدّ منه.

وأما كَوْنُهُ دَيْناً، فيمكن أن يُسْتَفَادَ من لفظ الكتاب فإنه قال: «وفي القديم له ذلك» وهو رَاجِعٌ إلى المذكور أَوَّلاً، وهو قوله: «العفو عن صَدَاقِ الصغيرة»، ولفظ العَفْوِ يَخْتَصُّ بالدَّيْنِ، على الوجه الذي أَوْرَدَهُ في الكتاب.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **ثُمَّ إِذَا وَهَبَتْ مِنَ الزَّوْجِ قَبْلَ الطَّلاَقِ فَفِي رُجُوعِهِ بِنِصْفِ القِيمَةِ**

(١) أي تفريعاً على القديم وجهان، سكت عن الترجيح.
قال الشيخ البلقيني: الأصح أن له العفو في المتعة.
(٢) في ب: التتمة.

قَوْلاَنِ، وَإِنْ رَجَعَ بِالإِبْرَاءِ فَقَوْلاَنِ مُرَتَّبَانِ، وَأَوْلَى بِأَنْ لاَ يَرْجِعَ، وَإِنْ كَانَ دَيْناً فَوَهَبَتْ مِنْهُ فَقَوْلاَنِ وَأَوْلَى بالرُّجُوعِ، فَإِنْ مَنَعْنَا الرُّجُوعَ جَعَلْنَا الهِبَةَ كَالتَّعْجِيلِ إِلَيْهِ بِالصَّدَاقِ وَيَجْرِي القَوْلاَنِ فِي الرُّجُوعِ بِحُكْمِ الفُسُوخِ بَعْدَ اتِّهَابِ المَرْجُوعِ فِيهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا وَهَبَتِ الصَّدَاقَ المُعَيَّنَ من زوجها، طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ، فقولان:

القديم: وَاحَدُ قولي الجديد، وبه قال مَالِكٌ، وأبو حنيفة، وكذلك أحمد في أصح الروايتين: أنه لا يَرْجِعُ عليها بشيء[1]؛ لأنها عَجَّلَتْ له ما يَسْتَحِقُّهُ بالطلاق، فلا تبقى المُطَالَبَةُ عند الطلاق، فهذا كما أن من عَجَّلَ [الزكاة قبل الحول لا يطالب به عند الحول، وكالمديون إذا عجل][2] الدَّيْنَ المُؤَجَّلَ لا يُطَالَبُ به عن المَحَلِّ، وهذا ما اختاره المُزَنِيُّ.

والثاني: أنه يَرْجِعُ عليها بِنِصْفِ بَدَلِهِ، إما المِثْلُ أو القِيمَةُ[3] لأنه مِلْكٌ جديد، حَصَلَ له قبل الطَّلاَقِ، فلا يمنع الرُّجُوعَ عند الطلاق، كما لو انْتَقَلَ إليه مِنْ أَجْنَبِيٍّ، أو باعه منه، ولأنها صَرَفَتِ الصَّدَاقَ بِتَصَرُّفِيهَا إلى جِهَةِ مَصْلَحَتِهَا، فأشبه ما إذا وَهَبَتْهُ من أَجْنَبِيٍّ.

وأصح القولين عند صاحب «التهذيب» الأول، والأكثرون على تَرْجِيحِ الثاني؛ منهم العِرَاقِيُّونَ، والإمام، والقاضي الرُّويَانِيُّ، وهذا إذا [كانت][4] قد قَبَضَتِ العَيْنَ المُصْدَقَةَ، ثم وَهَبَتْهَا منه، وإن وَهَبَتْ قبل القَبْضِ زاد نظران:

أحدهما: أنا إذا قُلْنَا: الصَّدَاقُ مَضْمُونٌ في يَدِ الزوج ضَمَانَ العَقْدِ [كان ما][5] وهبته قبل القَبْضِ كَهِبَةِ المَبِيعِ من البائع، وبَيْعِهِ منه قَبْلَ القَبْضِ، وفيه خلاف، ثم هذه تكون هِبَةَ الشَّيْءِ ممن في يَدِهِ، وفيما يلزم به هذه الهِبَةُ ما سَبَقَ في موضعه.

والثاني: حَكَى الحناطي طَرِيقَةً قَاطِعَةً في هذه الحَالَةِ أنه لا يرجع عليها بِشَيْءٍ، كما سَنَذْكُرُهُ فيما إذا كان الصَّدَاقُ دَيْناً، فَأَبْرَأَتْهُ عنه؛ لأنه لم يدخل في يدها شَيْءٌ، والظاهر التَّسْوِيَةُ بين حَالَتَيْ وجود القَبْضِ وعدمه في طَرْدِ القولين، ولو كان الصَّدَاقُ دَيْناً، فَأَبْرَأَتْهُ عنه تَرَتَّبَ ذلك على هِبَةِ العَيْنِ إن قلنا: لا يرجع في العَيْنِ فههنا أَوْلَى، وإن قلنا: يرجع هناك، فها هنا قولان، وإن شئت قلت في صورة الإِبْرَاءِ طريقان:

---

(١) لأنها عجلت له ما يستحق بالطلاق، فأشبه تعجيل الدين قبل الدخول ومنع الأظهر كونه تعجيلاً لحقه، فإنه لو صرحت بالتعجيل لم يصح.

(٢) سقط في: أ.

(٣) لأنه ملك المهر قبل الطلاق من غير جهة الطلاق.

(٤) سقط في: أ. (٥) سقط في: أ.

أحدهما: طَرْدُ قَوْلَي الهِبَةِ.

والثاني: القَطْعُ بعدم الرُّجُوعِ[١]، والفرق أنها لم تَأْخُذْ منه مالاً، ولم تَتَحَصَّلْ على شيء، ثم اتفق المُثْبِتُونَ للقولين، على أن الظَّاهِرَ ها هنا عَدَمُ الرجوع، ولو وَهَبَتِ الدين منه، فهذه الصُّورَةُ أوْلَى بالرجوع من صُورَةِ الإِبْرَاءِ نظر إلى لَفْظِ الهِبَةِ، والظاهر اعتبار الحَقِيقَةِ، وأن الحُكْمَ كما في لَفْظِ الإِبْرَاءِ، ولو قبضت الدَّيْنَ، ثم وَهَبَتْهُ منه، ثم طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ، فالحكم كما في هِبَةِ العَيْنِ، قال في «التتمة»: هذا إذا قلنا: إنه لو طَلَّقَهَا والمَقْبُوضُ في يدها وملكها، يتعين حقه فيه، أما إذا قلنا: لا يَتَعَيَّنُ، فله الرُّجُوعُ قَوْلاً واحداً.

وعند أبي حنيفة: إن كان ذلك من المِثْلِيَّاتِ، رجع، وإن كان من المُتَقَوِّمَاتِ لم يرجع، فَرْقاً بأن المُسْتَوْفَى من المُتَقَوِّمَاتِ عَيْنُهُ الصداق؛ لأن المتقومات لا مِثْلَ لها، وفي المِثْلِيَّاتِ المُسْتَوْفَى مِثْلُ الصَّدَاقِ لا عَيْنُهُ.

ولو وهبت له الصداق، ثم ارْتَدَّتْ قبل الدُّخُولِ، أو فَسَخَ أَحَدُهُمَا بِعَيْبِ الآخر، قبل الدخول، ففي الرجوع في الكل مِثْلُ الخِلاَفِ المذكور في الرُّجُوعِ في النِّصْفِ عند الطلاق. ولو باع عبداً بِجَارِيَةٍ، ووهب الجَارِيَةَ من بائعها، ثم وَجَدَ بَائِعُهَا بالعَبْدِ عَيْباً وأراد رَدَّهُ بالعَيْبِ، ففي تَمَكُّنِهِ منه، ومن المُطَالَبَةِ بقيمة الجَارِيَةِ وَجْهَانِ مَأْخُوذَانِ من مسألة هِبَةِ الصَّدَاقِ قبل الطَّلاَقِ، ويجريان في تَمَكُّنِهِ من طَلَبِ الأَرْشِ، إذا اطَّلَعَ على عَيْبِ العَبْدِ بعد هَلاَكِهِ، أو كان به عَيْبٌ حَادِثٌ مَانِعٌ من الرَّدِّ، ولو أَبْرَأَ السَّيِّدُ المُكَاتَبَ عن النُّجُومِ، وعُتِقَ، فهل له مُطَالَبَةُ السَّيِّدِ بالإِيتاء؟.

فيه مِثْلُ هذا الخِلاَفِ، وإذا وَهَبَ المشتري المَبِيعَ من البائع، ثم أَفْلَسَ بالثَّمَنِ، فللبائع المُضَارَبَةُ مع الغُرَمَاءِ، بلا خلاف؛ لأن المَوْهُوبَ غير المستحقِّ، وهو الثَّمَنُ، وفي الصورة المتقدمة الموهوب أولاً هو المُسْتحقّ ثَانِياً، فجعلت الهِبَةُ تَعْجِيلاً على قول، وطَرَدَ الحناطيُ الخِلاَفَ في مسألة المُفْلِسِ.

ولو ادعى عَيْناً في يد إِنْسَانٍ، وأقام شَاهِدَيْنِ، وحُكِمَ له بالمُدَّعي، وسلم إليه، فوهَبَه من المُدَّعَى عليه، ثم رَجَعَ الشَّاهِدَانِ عن الشهادة، وقلنا بِتَغْرِيمِ شُهُودِ المَالِ، ففي تَغْرِيمِ المدعى عليه الشَّاهِدَيْنِ، والصورة هذه ـ طريقان مَنْقُولاَنِ في «التتمة».

أحدهما: أنه على وجهين؛ أَخْذاً من مَسْأَلَةِ الصَّدَاقِ.

الثاني: القَطْعُ بالمَنْعِ؛ لأن المدعى عليه لا يَقُولُ بحصول المِلْكِ بِالهِبَةِ، بل يَزْعُمُ دَوَامَ المِلْكِ السابق والذي كان، وفي الصداق زَالَ مِلْكُهُ حَقِيقَةً، وعاد بالهِبَةِ[٢].

---

(١) لأنها لم تأخذ منه مالاً ولم تتحصل منه على شيء بخلافها على هبة العين.

(٢) قال النووي: هذا الثاني هو الصحيح.

وقوله: «ففي رُجُوعِهِ بِنِصْفِ القيمة» أي إن كان الصَّدَاقُ شَيْئاً مُتَقَوّماً، فإن كان مِثْلِيّاً، فالخلاف في الرُّجُوعِ بِنِصْفِ المثل. وقوله: «فإن منعنا الرجوع جَعَلْنَا الهِبَةَ كالتعجيل» ليس لِتَفْرِيعِ الحُكْمِ على منع الرجوع، وإنما الغَرَضُ التَّنْبِيهُ على مَأْخَذِ القَوْلِ.

«فرع»

حكى أبو سعد المتولي وَجْهَيْنِ فيما إذا وَهَبَتِ الصَّدَاقَ من الزوج على أنه لو طَلَّقَهَا كان ذلك عما يستحق بالطَّلاَقِ.

أحدهما: أنه تَفْسَدُ الهِبَةُ، ويبقى الصَّدَاقُ على مِلْكِهَا، فإذا طَلَّقَ تَشَطَّرَ.

والثاني: تَصِحُّ الهِبَةُ، ولا رُجُوعَ له [بالطلاق][1] كما لو عجل الزَّكَاةَ، وقال: هذه زَكَاتِي المُعَجَّلَةُ، وليكن الوَجْهَانِ مَبْنِيَّيْنِ على أن الهِبَةَ المطلقة، هل تمنع الرُّجُوعَ؟ إن قلنا: تمنع، فهذا تَصْرِيحٌ بمقتضى الهِبَةِ، فتصح، ولا رُجُوعَ وإن قلنا: لا تمنع فَسَدَتِ الهِبَةُ بالشرط الفَاسِدِ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (فَرْعَانِ: أَحَدُهُمَا) **لَوْ وَهَبَتْ مِنْهُ نِصْفَ الصَّدَاقِ ثُمَّ طَلَّقَهَا، فَإِنْ قُلْنَا: الهِبَةُ لاَ تَمْنَعُ الرُّجُوعَ فَفِي كَيْفِيَّةِ رُجُوعِهِ بِالنِّصْفِ ثَلاَثَةُ أَقْوَالٍ: (أَحَدُهَا): أَنَّ لَهُ النِّصْفَ البَاقِيَ وَتَنْحَصِرُ هِبَتُهَا فِي نَصِيبِهَا (وَالثَّانِي): أَنَّهُ يَشِيعُ فَلَهُ نِصْفُ مَا بَقِيَ وَرُبْعُ قِيمَةِ الجُمْلَةِ (وَالثَّالِثُ) أَنَّهُ يُخَيَّرُ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ نِصْفِ قِيمَةِ الجُمْلَةِ حِذَاراً مِنَ التَّبْعِيضِ، وَإِنْ قُلْنَا: الهِبَةُ تَمْنَعُ الرُّجُوعَ فَعَلَى قَوْلٍ انْحَصَرَتِ الهِبَةُ فِي نَصِيبِهِ فَلاَ رُجُوعَ، وَفِي قَوْلٍ فِي نَصِيبِهَا فَلَهُ بَاقِي الصَّدَاقِ، وَفِي قَوْلٍ يَشِيعُ فَلَهُ نِصْفُ البَاقِي.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا وهبت منه نِصْفَ الصَّدَاقِ، ثم طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بنى ذلك على ما إذا وَهَبَتِ الكُلَّ، إن قلنا: إن هِبَةَ الكُلِّ لا تمنع الرُّجُوعَ بالنِّصْفِ فهبة البعض أَوْلَى ألا تَمْنَعَ، وإلى ما يرجع؟. فيه ثَلاَثَةُ أقوال، كما ذكرنا فيما إذا أَصْدَقَهَا عَبْدَيْنِ، وتَلِفَ أحدهما عندها، ثم طَلَّقَهَا قبل الدخول.

أحدهما: أن له النِّصْفَ الباقي؛ لأنه اسْتَحَقَّ النِّصْفَ بالطلاق، وقد وجده، فَيَأْخُذُهُ، وينحصر ها هنا في نصيبها.

وأظهرهما: أن له نِصْفَ الباقي، وهو الرُّبُعُ، وله مع ذلك رُبُعُ بَدَلِ الجملة؛ لأن الهِبَةَ وَرَدَتْ على مُطْلَقِ النصف، فَيَشِيعُ.

---

(١) سقط في: أ.

والثالث: أنه يَتَخَيَّرُ، إن شَاءَ أخذ نِصْفَ بَدَلِ الجملة، وترك الباقي لها، وإن شاء أَخَذَ نِصْفَ الباقي وهو الربع مع رُبُعِ بَدَلِ الجملة؛ لأنه لا بدّ من الإِشَاعَةِ، وهي تفضي إلى تَبْعِيضِ حَقِّهِ، وهذه الأقوال هي بِعَيْنِهَا الأقوال التي جَرَتْ في الزَّكَاةِ، فيما إذا أَصْدَقَ امْرَأَتَهُ أَرْبَعِينَ شَاةً، فَأَخْرَجَتْ واحدة منها للزَّكَاةِ، ثم طلقها قبل الدخول وإن قلنا: إن هِبَةَ الكُلِّ تَمْنَعُ الرُّجُوعَ، فها هنا ثَلاَثَةُ أقوال أيضاً:

أصحهما: عند صاحب «التهذيب»، وهو المَنْصُوصُ في «المختصر»، وبه قال أبو حنيفة: أنه لا يرجع بشيء أيضاً، وحَقُّهُ هو الذي عَجَّلته.

والثاني: أن الهِبَةَ تَنْزِلُ على خَالِصِ حَقِّهَا، ويرجع الزوج بجميع النِّصْفِ الباقي.

والثالث: ويُحْكَى عن «الإِملاء»، وبه قال المزني: أنه يرجع عليها بِنِصْفِ الباقي عندها، ويُجْعَلُ النِّصْفُ المَوْهُوبُ مَشَاعاً فكأنها عَجَّلَتْ نصف حقه، وَوَهَبَتْ منه نِصْفَ حقها الخالص لها.

والقول الثاني تَفْرِيعاً على أن الهِبَةَ تَمْنَعُ الرُّجُوعَ كالأول تَفْرِيعاً على أنها لا تَمْنَعُ، فيحصل في المسألة خَمْسَةُ أقوال، فلو كانت قد وَهَبَتْ منه الثُّلُثَ، فإن قلنا: الهِبَةُ لا تمنع الرُّجُوعَ، فله من الباقي النِّصْفُ على القَوْلِ الأول، ونِصْفُ الباقي ربع[1] بدل المَوْهُوبِ على الثاني، وَيَتَخَيَّرُ بين نِصْفِ الباقي ربع[2] بَدَلِ الموهوب، وبين نصف بَدَلِ الجملة على الثَّالِث.

وإن قلنا: يمنع، فعلى الأَوَّلِ يرجع بِرُبُعِ الباقي ليتمّ له النِّصْفُ، وعلى الثاني يرجع بِنِصْفِ الجملة من البَاقِي، فيحصل على خَمْسَة أَسْدَاسٍ، وعلى الثالث يرجع بنصف الباقي لا غَيْرَ.

وإن كان الصَّدَاقُ دَيْناً فَأَبْرَأَتْهُ عند نِصْفِهِ، ثم طلقها. قال في «التتمة»: إن قلنا: لو أَبْرَأَتْهُ عن الجَمِيعِ يرجع عليها فها هنا يَسْقُطُ عنه النصف الباقي أيضاً.

وإن قلنا: لا يرجع بشيء، فها هنا وجهان:

أحدهما: أنه لا يَسْقُطُ عنه شيء، فيكون منا أَبْرَأَتْهُ مَحْسُوباً من حقه، كأنها عَجَّلَتْهُ.

والثاني: يبرأ عن نِصْفِ الباقي.

وإذا أَبْرَأَ المشتري[3] عن نِصْفِ الثمن، ثم وَجَدَ المشتري بالمَبِيعِ عَيْباً، وأراد

---

(١) في أ: ونصف.

(٢) في أ: ونصف.

(٣) في ب: زيادة «قال».

الرَّدِّ، فالحكم كما ذَكَرْنَا في الإِبْرَاءِ عن نصف الصَّدَاقِ، ولو أَبْرَأَهُ عن عُشْرِ الثمن، وَاطَّلَعَ على عَيْبٍ قديم، ثم حَدَثَ عنده عَيْبٌ وأرش العَيْبِ القديم العُشْرُ، فالظاهر أنه يُطَالِبُ بالأَرْشِ، ولا يَنْصَرِفُ ما أبرأ عنه إلا الأَرْشِ.

ولا يخفى أن لفظ «القِيمَةِ» في قوله في الكتاب: «وربع قيمة الجملة» وفيما بعد ذلك مَحْمُولٌ على ما إذا كان الصَّدَاقُ مُتَقَوَّماً، وإن كان مُثْلِيّاً، فالرجوع إلى المِثْلِ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **اخْتَلَعَتِ المَرْأَةُ قَبْلَ المَسِيسِ بِنِصْفِ الصَّدَاقِ مُطْلَقاً فَفِي قَوْلٍ يَنْزِلُ عَلَى النِّصْفِ الَّذِي يَبْقَى لَهَا، وَعَلَى قَوْلٍ يَشِيعُ فَيَفْسُدُ نِصْفُ الصَّدَاقِ وَيُبْنَى البَاقِي عَلَى تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قد مَرَّ في أَوَّلِ الباب أن الخُلْعَ قبل الدُّخُولِ يُشَطِّرُ، فإن خَالَعَ امْرَأَتَهُ قبل الدخول على شيء وَرَاءَ الصَّدَاقِ [فله المُسَمَّى، ولها عليه نِصْفُ المَهْرِ، وإن خَالَعَهَا على جميع الصَّدَاقِ][1] فقد خَالَعَ على مَالِهِ ومالها لِعَوْدِ النصف إليه بالخلع فتحصل البَيْنُونَةُ، وتَبْطُلُ التَّسْمِيَةُ في نَصِيبِهِ، وفي نصيبها قَدْ لا تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ، إن لم نُصَحِّحْ، فيبقى لها عليه نِصْفُ الصَّدَاقِ، وفيما له عليها قولان:

أصحهما: مَهْرُ المِثْلِ.

والثاني: مِثْلُ الصَّدَاقِ، أو قيمته، وربما وَقَعَ ذلك في صُورَةِ التَّقَاصِّ، وهذان القَوْلاَنِ المَذْكُورَانِ في أَنَّ الصَّدَاقَ إذا فَسَدَ يكون الرُّجُوعُ إلى مَهْرِ المِثْلِ، أو بَدَلِ المُسَمَّى، لا فَرْقَ في ذلك بين الصَّدَاقِ وبدل الخُلْعِ.

وإن صَحَّحْنَا التَّسْرِيَةَ في نصيبها، قال الإمام وغيره: يثبت للزَّوْجِ الخِيَارُ إذا كان جَاهِلاً بالحال من التَّشْطِيرِ والتفريق، فإن فَسَخَ عاد القَوْلاَنِ في أن الرجوع إلى مَهْرِ المِثْلِ أو بَدَلِ المُسَمَّى، وإن أجاز، فعلى القَوْلَيْنِ المذكورين في «البيع» في أن المُشْتَرِي إذا أَجَازَ البَيْعَ فيما يَصِحُّ العَقْدُ فيه، يُجْبَرُ بكل الثمن أو بالقِسْطِ، إن قلنا: يُجْبَرُ بالكل، فلا شيء له سِوَى النِّصْفِ الذي صَحَّ الخُلْعُ فيه، ولا يرجع عليها بشيء آخَرَ.

وإن قلنا: يجبر بالقِسْطِ، فقد بَطَلَ نِصْفُ البَدَلِ، فيرجع عليها بِنِصْفِ مَهْرِ المِثْلِ في أَصَحِّ القولين، وبنصف مِثْلِ الصَّدَاقِ، أو قيمته في القَوْلِ الآخر، وإن خَالَعَهَا على نِصْفِ الصَّدَاقِ، نظر إن قيد وقال: خَالَعْتك بالنصف الذي يَبْقَى لك بعد الفِرَاقِ، فهو صَحِيحٌ. ويَبْرَأُ عن جَمِيعِ الصَّدَاقِ إن كان دَيْناً ويعود إليه المِلْكُ في جَمِيعِهِ، إن كان عَيْناً، وإن أَطْلَقَ، فقولان؛ بناءً على أن تَصَرُّفَ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ في النصف المُطْلَقِ من

---

(١) سقط في: أ.

العين المشتركة بالسَّوِيَّة ينزل على النصف الذي له أو يشيع؟.

أحد القولين: أنه يَنْزِلُ على نصيبها، ويكون الحكم كما لو قَيَّدَ بنصفها.

وأصحهما: عند أكثرهم ـ أنه يشيع لإِطْلاَقِ اللَّفْظِ، فكأنه خَالَعَهَا على نِصْفِ نصيبها، ونِصْفِ نصيبه، فَيَبْطُلُ في نِصْفِ نصيبه، وفي نِصْفِ نصيبها القولان إن لم نُصَحِّحْ، فيبقى لها عليه نِصْفُ الصَّدَاقِ، وله عليها مَهْرُ المِثْلِ، في أصح القولين ومثل نِصْفِ الصَّدَاقِ، أو قيمته في الآخر، وقد يُتَصَوَّرُ بصورة التَّقَاصِّ.

وإن صَحَّ في نصف نَصِيبِهَا، فلها عليه رُبَعُ الصَّدَاقِ، ويسقط الباقي بحُكْمِ التَّشْطِيرِ، وعوض الخُلْعِ، ثم أحد القولين أنه لا يستحقُّ لِعِوَضِ الخُلْعِ، إلا الربع الذي الخُلْعُ فيه.

وأظهرهما: أن له مع ذلك نِصْفَ مَهْرِ المِثْلِ، على أصح القولين، وربع مثل الصَّدَاق، أو قيمته على القول الثَّانِي، وقد يَقَعُ في التَّقَاصِّ، ، ومن الأصحاب من يحذف النَّظَرَ إلى خِلاَفِ تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ، ويقول: كل الصَّدَاقِ لها، إلى أن يحصل الفِرَاقُ[1] [فيصح لها أن تجعل كله أو نِصْفَهُ عِوَضاً، إلا أنه إذا تَمَّ الخُلْعُ، وحصل الفِرَاقُ][2] يسقط النصف، فهو كما لو خَالَعَهَا على عَيْنٍ، وتَلِفَ نصفها قبل القَبْضِ، فيكون الرُّجُوعُ إلى مَهْرِ المِثْلِ في قول، وإلى بَدَلِ التَّالِفِ في قول، هذا اخْتِصَارُ ما ذكره الأصحاب في المَسْأَلَةِ، وقد تَعَلَّقَتْ بأصول مختلف فيها:

أحدها: القولان في الحَصْرِ والشُّيُوعِ.

والثاني: القولان في تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ.

والثالث: إن فَرَّقْنَاهَا، وأثبتنا الخِيَارَ فيما صَحَّ العَقْدُ فيه، فالإِجَازَةُ تكون بالجَمِيعِ أو ببعضه.

والرابع: أن بَدَلَ الخُلْعِ إذا فَسَدَ يكون الرجوع إلى مَهْرِ المِثْلِ، أو بَدَلِ المذكور.

«فَرْعٌ»

عن ابن سُرَيْج أنها لو قالت: خَالِعْنِي على ألا تَبِعَةَ لك في المَهْرِ عَلَيَّ، يَصِحُّ، ويكون معناه على ما سلّم لي من المَهْرِ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **(الفَصْلُ الخَامِسُ فِي المُتْعَةِ) وَكُلُّ مُطَلَّقَةٍ قَبْلَ المَسِيسِ لاَ تَسْتَحِقُّ شَطْرَ المَهرِ فَتَسْتَحِقُّ المُتْعَةَ، وَإِنْ اسْتَحَقَّتْ جَمِيعَ المَهْرِ بِالمَسِيسِ فَتَسْتَحِقُّ المُتْعَةَ عَلَى**

---

(١) سقط في: أ.

أَحَدِ القَوْلَيْنِ مَهْمَا طُلِّقَتْ، وَفِي مَعْنَى الطَّلاَقِ كُلُّ فِرَاقٍ يُوجِبُ التَّشْطِيرَ فَإِذَا لَمْ يُشَطِّرِ اقْتَضَى المُتْعَةَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: المُتْعَةُ[1] اسْمٌ للمال الذي يَدْفَعُهُ الرَّجُلُ إلى امْرَأَتِهِ، لِمُفَارَقَتِهِ إياها، والفُرْقَةُ نوعان: فُرْقَةٌ تحصل بالمَوْتِ، فلا توجب مُتْعَةً بالإِجْمَاع، والمعنى فيه: أن الزَّوْجَ لم يُوحِشْهَا، وإنما اخْتُرِمَ، وسبب وُجُوبِ المتْعَةِ إِيحَاشُهَا وابتدالها.

وفُرْقَةٌ تحصل في الحَيَاةِ، كما إذا طَلَّقَهَا، فينظر إن طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ، وقد وَجَبَ لها مَهْرٌ بتسمية صَحِيحَةٍ، أو فاسدة في العَقْدِ، أو بِفَرْضٍ بعد العقد، إذا كانت مُفَوَّضَةً، فلا مُتْعَةَ؛ لأنه لم يَسْتَوْفِ مَنْفَعَةَ بُضْعِهَا، وتشطر المهر، كان لما لِحَقَهَا من

---

(١) المتعة لغة التمتع أو ما يتمتع به كَالْمَتَاعِ وهو ما يتمتع به من الحوائج، وشرعاً مال يجب على الزوج دفعه لامرأته لمفارقته إياها بشروط.

المطلقة قبل الدخول إن وجب لها مهر بتسمية صحيحة، أو فاسدة أو فرض صحيح، فلا متعة لها وإن لم يجب بأن كانت مفوضة، فلها المتعة لقوله تعالى: ﴿لاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ ولأن المفوضة لم يحصل لها شيء، فيجب لها متعة للإيحاش هذا بالإجماع.

والمطلقة بعده تستحق المتعة بقي المهر أو أسقطت، لقوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾ وهذا عام في المطلقة بعد الدخول وقبله، وخصوهن فتعالين أمتعكن، وأسرحكن؛ ولأن المهر في مقابلة منفعة بضعها، وقد استوفاها الزوج، فيجب للإيحاش متعة، وتجب المتعة بكل فراق يحصل في الحياة من جهته لا بسبب من جهتها كالطلاق.

وكل فراق منها، أو بسببها، فلا متعة لها، وإن لم يجب لها مهر، لأن المهر يسقط بذلك، ووجوبه آكد، وتجب المتعة لسيد الأمة، وفي كسب العبد كالمهر، ومعلوم أن السيد لو زوج عبده أمته، ثم فارقها لا متعة لها، كما لا مهر.

والمستحب في المتعة ثلاثون درهماً، أو ما قيمته ذلك قال البويطي: «وهذا أدنى المستحب، وأعلاه خادم، وأوسطه ثوب، ويسن أن لا تبلغ نصف المهر المثل، فإن بلغته أو جاوزته جاز لإطلاق الآية».

قال البلقيني: «ولا يزيد وجوباً على مهر المثل، ولم يذكروه» ومحل ذلك لأن فإذا فرضها الحاكم، وله نظائر منها أن لا يبلغ بالتعزير الحد، ثم إن تراضيا على شيء فذاك ظاهر، وإن تنازعا في قدرها قَدَّرَهَا القاضي باجتهاده بحسب ما يليق بالحال معتبراً حالهما من يسار الزوج وإعساره، ونسبها، وصفتها، بقوله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدره وَعَلَى الْمقْتِرِ قَدره وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بَالْمَعْرُوفِ﴾ وقيل يعتبر حاله فقط لظاهر الآية كالنفقة، وقيل حالها فقط، لأنها كالبدل عن المهر، وهو معتبر وقيل: لا يقدرها بشيء، بل الواجب أقل متمول، كما يجوز جعله صداقاً، وفرق بأن المهر بالتراضي، وعلى تقديره، يجب ما يقدره ما لم يخالف المندوب.

لطيفة: متع الحسن السبط ـ رضي الله عنه ـ امْرأة بعشرة آلاف درهم فقالت: «مَتَاعٌ قَلِيلٌ مِنْ حَبِيبٍ مُفَارَقٍ».

الابْتِدَالِ، فلا حَاجَةَ إلى شيء آخر. وعن ابن سُرَيْج وغيره إثبات قول آخر: أن لها المُتْعَةَ لإطْلاَقِ قوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٤١] وإن لم يجب لها شَيْءٌ بالتَّسْمِيَةِ في العقد، أو الفَرْضِ بعده، فلها المُتْعَةُ قال: الله تعالى: ﴿لاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً فَمَتِّعُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٦].

وعن مَالِكٍ أن المُتْعَةَ لا تجب، وإنما هي مُسْتَحَبَّةٌ، فإن طَلَّق بعد الدخول، ففي المُتْعَةِ قولان: **القديم**: وبه قال أبو حَنِيفَةَ: أنها لا تجب؛ لأنها تَسْتَحِقُّ المَهْرِ، والحالة هذه، إما المسمى، أو مَهْرِ المِثْلِ، وبه غُنْيَةٌ عن المُتْعَةِ.

والجديد: أنها تَجِبُ لقوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٤١]. وأيضاً فقد قال تعالى: ﴿فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ﴾ [الأحزاب: ٢٨] وكان النبي ـ صلَّى الله عليه وسلَّم ـ قد دخل بهن.

وعن ابن عُمَرَ ـ رضي الله عنهما ـ أن لكل مُطَلَّقَةٍ مُتْعَةً، إلاَّ التي فَرَضَ لها، ولم يدخل بها، فَحَسْبُهَا نِصْفُ[1] المَهْرِ، وليست كالمُطَلَّقَةِ قبل المَسِيسِ المُسْتَحِقَّةِ لِشَطْرِ المَهْرِ، لأنه لم يَسْتَوْفِ مَنْفَعَةَ بُضْعِهَا، فيكفي شَطْرُ المَهْرِ للإيحَاشِ والابْتِذَالِ، وها هنا اسْتَوْفَتْ مَنْفَعَةَ البُضْعِ، والمَهْرِ في مقابلتها، فيجب للإيحَاشِ شيء آخر.

وعن أحمد رِوَايَتَانِ كالقولين، ومهما حَصَلَتِ الفُرْقَةُ من جِهَةِ الزوج لا بِسَبَبٍ منها، أو حصلت من جِهَةِ أجنبي، فهو كالطَّلاَقِ، في اقْتِضَاءِ المُتْعَةِ، وذلك كما إذا ارْتَدَّ أو أَسْلَمَ، أو لاَعَنَ أو أسلم، وتحته نِسْوَةٌ، فَفَارَقَ بعضهن اقْتِصَاراً على العَدَدِ الشَّرْعِيِّ، وكما إذا وَطِىءَ أبوه أو ابْنُهُ زَوْجَتَهُ بالشُّبْهَةِ، أو أرضعت أُمُّهُ أو ابنته زَوْجَتَهُ الصغيرة[2]، فانْفَسَخَ النكاح والخُلْعُ، وإن كان يَتِمُّ بها، فهو كالطلاق، كما إنه في انْتِفَاءِ التَّشْطِيرِ كالطلاق.

وحَكَى في «الوسيط» فيه تَرَدُّداً للأصحاب، والمشهور أنها تَجِبُ، وكذا الخُلْعُ مع الأجنبي، وكذا لو فَوَّضَ الطلاق إليها، فَطَلَّقَتْ نفسها، أو عَلَّقَ طَلاَقَهَا بفعل لها، فَأَتَتْ

---

(١) موقوف، رواه الشافعي عن مالك عن نافع عنه بهذا، ورواه البيهقي من طريقه وقال: رويناه عن جماعة من التابعين: القاسم بن محمد ومجاهد والشعبي، وفي ابن ماجة عن عائشة: أن عمرة بنت الجون تعوذت من رسول الله ﷺ، فقال: لقد عذت بمعاذ، فطلقها ومتعها بثلاثة أثواب رازقية، وفيه عبيد بن القاسم وهو واهي، وأصل قصة الجونية في الصحيح بدون قوله ومتعها، وإنما فيه: وأمر أبا أسيد أن يكسوها بثوبين رازقيين ذكره الحافظ في التلخيص.

(٢) استشكل التصوير بأن المتعة قبل الدخول إنما تجب للمفوضة التي لم يفوض لها وتفويض بضع الصغيرة لا يصح، وأجاب بعضهم بتصويرها في الأمة الصغيرة يزوجها سيدها على صورة التفويض بعيد، ولا يصح التصوير بأن يزوجها حراً لعدم صحة النكاح لأنها لا تعفه.

به، أو آلَى منها فَطَلَّقَهَا بعد المُدَّةِ بطلبها[١] وحكى الحناطي وَجْهاً آخر في التَّعْلِيقِ بِفَعْلِهَا، وفي صورة الإِيلاَءِ.

ولو ارْتَدَّ الزوجان مَعاً ففي المُتْعَةِ وجهان كالوجهين في الشَّطْرِ إذا ارْتَدَّا معاً قبل الدخول والأصح: المَنْعُ، وإن كانت الفُرْقَةُ من جِهَةِ المَرْأَةِ، أو بسبب فيها لم تَجِبِ المُتْعَةُ، كما لا يجب نِصْفُ المَهْرِ قبل الدُّخُولِ، وذلك كَرِدَّةِ المرأة، وإِسْلاَمِهَا، وفسخها بإِعْسَارِ الزوج، أو بِعِتْقِهَا، والزوج رَقِيقٌ، وكَالفَسْخِ بِالغُرُورِ، وفَسْخِهِ بِعَيْبِهَا وَفَسْخِهَا بِعَيْبِهِ. حكى المُزَنِيُّ أن لها المُتْعَةَ إذا فَسَخَتْ بالعُنَّةِ، واعترض عليه، فمن الأصحاب من جعله قَوْلاً آخر، وقال: هي مَعْذُورَةٌ في الفَسْخِ.

والأكثرون لم يثبتوه، وقالوا: الاعْتِرَاضُ صَوَابٌ، والنقل سَهْوٌ.

ولو زوج الذِّمي ابنته الصغيرة من ذِمِّيٍّ، ثم أسلم أَحَدُ أبويها، وارتفع النِّكَاحُ حكمنا بإسلامها، فلا مُتْعَةَ لها، كما لو أَسْلَمَتْ بنفسها، ولو اشترى الزَّوْجُ زَوْجَتَهُ، فالنَّصُّ في رواية المزني أنه يسقط المُتْعَة على ما قَدَّمْنَا في الفَصْلِ الخامس من القسم الخامس من «كتاب النِّكاح» وهو الظَّاهِرُ.

وعن «الإِملاء» أن لها المُتْعَةَ؛ لأن سَبَبَ الفُرْقَةِ حَصَلَ من الزوج وغيره، فأشبه الخُلْعَ. ومن أبي إِسْحَاقَ: أنه إن استدعى الزوج الشراء، وَجَبَتِ المُتْعَةُ، وإن اسْتَدْعَاهُ السيد لم تجب. ويستوي في المُتْعَةِ المُسْلِمُ والذمي، والحُرُّ والرقيق، والحرة والرقيقة، وهي في كَسْبِ الزوج الرقيق ولسيد الزوجة الرقيقة كالمَهْرِ.

وقوله في الكتاب: «وكل مُطَلَّقَةٍ قَبل المَسِيسِ تَسْتَحِقُّ شَطْرَ المَهْرِ» هي المُفَوَّضَةُ قبل الفرض. وقوله: «فَتَسْتَحِقُّ المُتْعَةَ» مُعَلَّمٌ بالميم.

وقوله بعد ذلك: «فتستحق المتعة» مُعَلَّمٌ بالحاء، ويجوز أن يُعَلَّمَ بالألف أيضاً لإحدى الروايتين عن أحمد. وقوله: «وفي معنى الطَّلاَقِ كُلُّ فراق يوجب التَّشَطُّرَ» أي: إذا اتَّفَقَ قبل الدخول «فإذا لم يَتَشَطَّرْ» لوقوعه في صورة التفويض.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَمِقْدَارُهَا كُلُّ مَا جَازَ أَنْ يَجْعَلَ صَدَاقاً، وَقِيلَ: مَا يَرَاهُ القَاضِي لاَئِقاً بِحَالِهِمَا مِنْ ثَوْبٍ أَوْ خَاتَمٍ، وَيَنْبَغِي أَنْ يُحَطَّ عَنْ شَطْرِ المَهْرِ كَمَا يُحَطُّ التَّعْزِيرُ عَنِ الحَدِّ.

«القَوْلُ فِي قَدْرِ المُتْعَةِ»

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الكلام في قَدْرِ المُتْعَةِ: في المُسْتَحَبِّ منه، وفي الواجب أما

---

(١) قال النووي: ويجيء هذا الوجه في تطليقها.

المُسْتَحَبُّ: فقد قال في «المختصر»: اسْتُحْسِنَ قَدْرُ ثلاثين درهماً.

وعن القديم أنه يمتعها ثَوْباً بِقَدْرِ ثلاثين دِرْهَماً.

وعن بعض كتبه: أنه يمتعها بخادم وإلاَّ فَبِمِقْنَعَةٍ، وإلاَّ فَبِقَدْرِ ثلاثين دِرْهماً، وليس ذلك اخْتِلاَفَ قول، بل نزلها الأصحاب على دَرَجَاتِ الاسْتِحْبَابِ، وقالوا: أقل القَدْرِ المُسْتَحَبِّ ثلاثون دِرْهَماً، وحملوا المِقْنَعَةَ على الصِّنف الذي يزيد قِيمَتُهُ على ثلاثين، وفي بعض الشروح نص قول آخر، وهو أنه يُمَتِّعُهَا الخَادِمَ، إن كان مُوسِراً، وإن كان مُعْسِراً فبمقنعةٍ، وإن كان مُتَوسِّطاً فبقدر ثلاثين درهماً، والمِقْنَعَةُ في هذا النص مَحْمُولَةٌ على النَّازِلَةِ التي لا تبلغ الثلاثين، وذِكْرُ الثلاثين قد وَرَدَ عن ابن عُمَرَ، وابن عَبَّاسٍ ـ رضي الله عنهم ـ. وأما الواجب، فإن تَرَاضَيَا على شيء فذاك.

وحكى الحناطي وَجْهاً أنه ينبغي أن يُحَلِّلَ كل واحد منهما صَاحِبَهُ، فإن لم يَفْعَلا لم تَبْرَأْ ذِمَّةُ الزَّوْجِ، ولها رَفْعُ الأَمْرِ إلى الحَاكِمِ ليقدر مُتْعَةً، والظاهر الأول، وإن تَنَازَعَا فوجهان:

أحدهما: أن الوَاجِبَ أَقَلُّ ما يُتَمَوَّلُ، ويكفي ذلك متْعَةً، كما أنه يَجُوزُ أن يكون صَدَاقاً.

وأصحهما: أن الحاكم يُقَدِّرُهُ باجتهاده؛ لقوله تعالى: **﴿عَلَى المُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى المقْتِرِ قَدَرُهُ﴾** [البقرة: ٢٣٦] وبم يعتبر الحاكم وإلام ينظر فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: وبه قال أبو إسْحَاقَ أن الاعْتِبَار بحال الزَّوْجِ للآية.

والثاني: بحال المَرْأَةِ؛ لأن المُتْعَةَ كالبَدَلِ للمهر، ألا ترى أن المُتْعَةَ في المُفَوَّضَة إنما تَجِبُ إذا لم يجب نِصْفُ المَهْرِ، والمهر مُعْتَبَرٌ بحالها وعَصَبَاتِهَا، فكذلك المُتْعَةُ.

والثالث: أنه ينظر إلى حالهما مَعاً؛ قال في «الوسيط»؛ وهو الصَّحِيحُ[1]، ورَجَّحَهُ غيره أيضاً، وهو ظَاهِرُ لفظ «المختصر»، وهل يجوز أن تزيد المُتْعَةُ على شَطْرِ المَهْرِ فيه وجهان:

أحدهما: ويحكى عن صاحب «التقريب» لا؛ لأنها بَدَلٌ عن شَطْرِ المَهْرِ، فلا يزاد عليه.

وأظهرهما: نعم، لإِطْلاَقِ الآية، وهذا ما أورده صاحب «التهذيب» وغيره[2].

---

(١) أي بحالهما من يسار الزوج وإعساره ونسبها وصفاتها لقوله تعالى: **﴿ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره﴾**.

(٢) ويسن ألا تبلغ نصف مهر المثل كما قاله ابن المقري، فإن بلغته أو جاوزته، جاز لإطلاق الآية. . قال البلقيني وغيره: ولا يزيد وجوباً على مهر المثل، ولم يذكروه. ا هـ. ومحل ذلك ما إذا =

وحكى الحناطي وَجْهاً ثالثاً وهو أنها لا تبلغ الشَّطْرَ أيضاً، بل تَنْقُصُ عن شَطْرِ المَهْرِ، كما يحط التعزير عن الحَدّ، ويوافقه قَوْلُهُ في الكتاب: «وينبغي أن يحطَّ عن شَطْرِ المهر» ولم يذكر في «الوسيط» هكذا، لكن قال: لا يُزَادُ على شَطْرِ المَهْرِ ثم قضية ما ذكره في «الوسيط» اعْتِبَارُ نِصْفِ المسمى، وإن لم يسم شيئاً، اعتبر نِصْفُ مَهْرِ المِثْلِ.

وقال أبو حنيفة: تَتَقَدَّرُ المُتْعَةُ ثلاثة أبواب: دِرْعٌ وخِمَارٌ ومِقْنَعَةٌ، إلا أن يكون نِصْفُ مَهْرِ مِثْلَهَا أَقَلَّ من ذلك.

وعن أحمد في رواية أنها تَتَقَدَّرُ بما تُجْزِىءُ فيه الصلاة، وفيه رواية: يُقَدِّرُهَا الحَاكِمُ.

البَابُ الخَامِسُ فِي التَّنَازعِ، وَفِيهِ مَسَائِلُ

قَالَ الغَزَالِيُّ: (إِحْدَاهَا): إِذَا تَنَازَعَا فِي قَدْرِ المَهْرِ أَوْ صِفَتِهِ تَحَالَفَا كَمَا فِي البَيْعِ وَيَجْرِي ذَلِكَ بَعْدَ انْقِطَاعِ النِّكَاحِ وَبَعْدَ المَوْتِ؛ لأَنَّ الصَّدَاقَ كَعَقْدٍ مُسْتَقِلٍّ بِنَفْسِهِ، وَيَحْلِفُ الوَارِثُ النَّافِي عَلَى نَفْيِ العِلْمِ وَالمُثْبِتُ عَلَى البَتِّ، وَفَائِدَةُ التَّحَالُفِ انْفِسَاخُ الصَّدَاقِ وَالرُّجُوعُ إِلَى مَهْرِ المِثْلِ، وَلَهَا ذَلِكَ وَإِنْ كَانَ مَا ادَّعَتْهُ أَقَلَّ مِنْ مَهْرِ المِثْلِ، وَلَوِ ادَّعَتِ التَّسْمِيَةَ وأَنْكَرَ الزَّوْجُ أَصْلَ التَّسْمِيَةِ تَحَالَفَا، وَقِيلَ: القَوْلُ قَوْلُهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مقصود الباب القَوْلُ في التَّنَازُعِ في الصداق، ويَشْتَمِلُ على مسائل: منها: إذا اختلف الزَّوْجَانِ في قَدْرِ الصَّدَاقِ، أو في صِفَتِهِ، كالصحة والتكسُّر والحلول والتأجيل، وكَقَدْرِ الأَجَلِ، تَحَالَفَا، كما في البَيْعِ، ولا فَرْقَ بين أن يَكُونَ هَذَا الاختلاف قبل الدُّخُول أو بعده.

وقال أبو حَنِيفَةَ ومالك: إن كان بَعْدَ الدُّخُولِ، فالقول قول الزوج مع يمينه، وإن كان قبل الدخول، فعن أبي حَنِيفَةَ القَوْلُ قَوْلُهَا في قَدْرِ المَهْرِ، وقول الزوج فيما زاد.

وعند مالك يَتَحَالَفَانِ، ويُفْسَخُ النِّكَاحُ؛ بناءً على أصله أن فساد الصَّدَاقِ يُوجِبُ فَسَادَ النكاح. وعن أحمد: أن القول قَوْلُ الزوج، إلا أن يدعي ما يستنكر في العَادَةِ، وكما يجري التَّحَالُفُ مع قيام الزوجية يجري التَّحَالُفُ بعد انْقِطَاعِهَا؛ لأن الصَّدَاقَ كَعَقْدٍ مُسْتَقِلٍّ بنفسه، وأثر التَّحَالُفِ يظهر فيه، لا في النكاح.

وعن أبي حَنِيفَةَ: أن بعد انْقِطَاع النكاح لقَوْل قَوْلُ الزوج مُطْلَقاً، ويجري التَّحَالُفُ فيما إذا مَاتَ الزَّوْجَانِ، واختلف الوَارِثَانِ في الصدق، أو أَحَدُ الزوجين، ووقع

= فرضه الحاكم، ويشهد له من كلام الأصحاب نظائر، منها أن الحاكم لا يبلغ بحكومة عضو مقدّرة ومنها ألا يبلغ بالتعزيز الحد.

الاخْتِلاَفُ بين وَارِثِهِ، وبين الآخر، لكنه إذا كان الاخْتِلاَفُ بين الزَّوْجَيْنِ، فاليمين في طَرَفِ النَّفْيِ والإِثبات على البَتِّ، والوَارِثُ يَحْلِفُ في النَّفْيِ على نَفْيِ العِلْم، وفي الإِثبات على البَتِّ، كما هو دَأْبُ اليمين على فعل الغير، فيقول وَارِثُ الزوج: وَاللَّهُ لا أعلم أن مُوَرِّثِ ينكحها بألف، إنما نَكَحَهَا بخمسمائة، ويقول وَارِثُ الزوجة: واللَّهِ لا أعلم لأنه نَكَحَ مورثتي على خمسمائة، وإنما نكحها بألف هذا هو المشهور، وأَحْسَنَ بعض الشارحين، فقال: عندي يَحْلِفُ على البَتِّ في النَّفْيِ والإِثبات جميعاً؛ لأن القَاطِعَ بأن النِّكَاحَ جَرَى بخمسمائة قاطع بأنه ما جَرَى بألف، فإذا ثبت بأنه نكح بخمسمائة، فلا معنى لقوله: لا أَعْلَمُ لأنه ما نَكَحَهَا بألف.

وعند أبي حنيفة إن مات أَحَدُ الزوجين، ووقع الاخْتِلاَفُ بين وَارِثِهِ، وبين الآخر، فالحكم كما في اخْتِلاَفِ الزوجين.

وإن مَاتَا معاً، فالقول قَوْلُ وَرَثَةِ الزوج بلا تَفْصِيلٍ. وكَيْفِيَّةُ اليمين ومن به البِدَايَةُ على ما مَرَّ في البَيْعِ.

وإذا تَحَالَفَا فيفسخ الصداق، ثم تَرْجِعُ المَرْأَةُ إلى مَهْرِ المثل، وقد ذكرنا في البَيْعِ وَجْهاً أنه يُفْسَخُ البيع بنفس التَّحَالُفِ، فليجيء مثله ههنا، [وليكن][(١)] القول فيمن يَتَوَلَّى الفَسْخَ، وفي الانفساخ بَاطِناً على ما مَرَّ في البَيْعِ، وقد صرح بجميع ذلك الحناطيُّ.

ولا يَخْتَلِفُ الرُّجُوعُ إلى مَهْرِ المِثْلِ، بين أن يكون زَائِداً على ما تَدَّعِيهِ المَرْأَةُ، كما إذا ادَّعَتْ أن الصَّدَاقَ ألف، وادَّعى الزوج أنه خمسمائة، ومهر مثلها ألفان، وبين ألا يكون زَائِداً؛ لأن التَّحَالُفَ يسقط ما يَدَّعِيَانِهِ، ويصير كأنه لم يَجْرِ ذِكْرُ هذا، ولا ذاك.

وقال أحمد بن خَيْرَانَ: إذا كان مَهْرُ المثل زَائِداً على ما ادَّعَتْهُ، فليس لها إلا ما ادَّعَتْهُ، ويحكى هذا عن ابن الوَكِيلِ أيضاً.

والصحيح الأَوَّلُ هذا في الظاهر.

وأما في الباطن، فإن قلنا: إنه لا يَنْفَسِخُ، لم يَخْفَ ما يحلُّ لها.

ولو ادَّعَتِ المرأة مَهْراً مُسَمًّى، وأنكر الزوج أصل التسمية، فوجهان:

أحدهما: أن القَوْلَ قَوْلُ الزوج مع يَمِينِهِ، لأن الأَصْلَ عدم التسمية.

وأصحهما: وبه قال القاضي الحسين أنهما يَتَحَالَفَانِ؛ لأن الزَّوْجَ إذا لم يدع التَّفْوِيضَ، فكأنه يقول: الواجب مَهْرُ المِثْلِ، وهي تقول: الواجب ألف بالتسمية، فَحَاصِلُهُ الاختلاف في قَدْرِ الصَّدَاقِ [فيتحالفان][(٢)] وإنما يَحْسُنُ وضع المسألة إذا كان ما

---

(١) في أ: ولكن. (٢) سقط في: أ.

تَدَّعِيهِ أَكْثَرَ من مَهْرِ المثل[١]. ولو أنكرت هي التَّسْمِيَةِ، وادَّعَى الزوج تَسْمِيَةَ المهر، فالقول قولها، أو يَتَحَالَفَانِ؟. القياس مجيء الوجهين. ولو ادَّعى أحدهما التَّفْوِيضَ، وادعى[٢] الآخَرُ تَسْمِيَةَ مَهْرٍ، فإن أوجبنا المَهْرَ في المُفَوَّضَةِ بالعقد فهو كما لو ادَّعَى أحدهما السُّكُوتَ، والآخر التَّسْمِيَةَ.

وإن لم نوجبه بالعَقْدِ، فالأصل عدم التسمية من جَانِبٍ، وعدم التَّفْوِيضِ من جانب. ولو ادَّعَى أحدهما التَّفْوِيضَ، وادعى الآخر أنه لم يَجْرِ للمهر تعرض، فَيُشْبِهُ أن يكون القَوْلُ قول الثاني. ولو أن المُخْتَلِفَيْنِ في الصَّدَاقِ، حلف أحدهما، ونَكَلَ الآخر، حكمنا بيمين الحَالِفِ، ولو أقام أحدهما البَيِّنَةَ حُكِمَ بموجبها.

ولو أقاما بَيِّنَتَيْنِ، وهما مختلفتان في قَدْرِ الصَّدَاقِ، فعن ابن سُرَيْجٍ، وجهان[٣]:

أحدهما: أن بَيِّنَةَ المرأة أَوْلَى لاشتمالها على الزِّيَادَةِ.

والثاني: أنهما مُتَعَارِضَتَانِ، فإن قلنا بالتَّسَاقُطِ، فكأن لا بَيِّنَةَ، فَيَتَحَالَفَانِ، وإن قلنا: يُقْرَعُ، فهل يحتاج من خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ إلى اليمين ذكروا فيه وجهين.

أما لفظ الكتاب فقوله: «تَحَالَفَا» ليعلّم بالحاء والميم والألف.

وقوله: «بعد انْقِطَاعِ النكاح» بالحاء، وقوله: «ويحلف الوارث النَّافِي على نَفْيِ العلم، والمُثْبِتُ على البَتِّ» إن حُمِلَ على صورة مَوْتِ الزوجين، لم يحسن مَوْقِعُهُ؛ لأنه لا يَخْتَصُّ حينئذٍ أَحَدُ الوارثين بالنفي، والآخر بالإِثْبَاتِ، بل يَكُونُ كل واحد منهما نَافِياً، ومُثْبِتاً، فليحمل قوله: «الوَارِثُ النافي» على صورة مَوْتِ الزوج، واختلاف وَارِثِهِ مع الزوجة.

وقوله الوارث «المثبت على» صورة موت الزوجة، واختلاف وَارِثِهَا مع الزوج، ولو قال: ويحلف الوارث في النَّفْيِ على العِلْمِ، وفي الإِثبات على البَتِّ لشمل ما إذا مَاتَ الزَّوْجَانِ، أو مات أحدهما.

---

(١) ويحسن وضعها إذا كان المسمى معيناً، ولو كان يساوي مهر المثل أو أنقص منه زاد في الحال وعلى ذلك فقال ابن الرفعة: يحسن وضعها مطلقاً، وإن ادعت قدر مهر المثل إن كان من غير نقد البلد، وقال العماد بن يونس في شرح التعجيز: في تصوير المسألة إشكال، لأنها إما أن تدعي التسمية وتُعين مقداراً أو تدعي التفويض، واستحقاق المهر إما بالعقد أو بالدخول أو تدعي المهر، ولم تعين مقداراً ثم الزوج على هذه الفروض إما أن يقتصر على السكوت المجرد أو يقابل دعواها بدعوى تقتضي أقل مما ادعته، وهذه الأجوبة قد تقرر لكل واحد منها حكم معلوم.

(٢) في ب: وأنكر.

(٣) قال الأذرعي: الصحيح منهما الثاني، ونص عليه الشافعي في الأم وبه جزم في الأنوار.

وقوله: «وفائدة التَّحَالُفِ انفِسَاخُ الصداق» هذا اللَّفْظُ يُوافِقُ القول بالانْفِسَاخ عند التَّحَالُفِ، والظاهر الفَسْخُ دون الانْفِسَاخ، لكنه لم يقصد الآن القَوْلَ في أنه يفسَخ أو ينفسخ، وإنما قَصَدَ بَيَانَ أَثَرِ التَّحَالُفِ، وما يؤول إليه الأمر آخراً، وهو مَهْرُ المِثْلِ، وانفِسَاخُ التَّسْمِيَةِ، إما بالفسخ، أو دونه.

وقوله: «وإن كان ما ادعته أَقَلَّ من مَهْرِ المثل» مُعَلَّمٌ بالواو.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الثَّانِيَةُ): لَوْ أَنْكَرَ أَصْلَ المَهْرِ أَوْ سَكَتَ وَاَعْتَرَفَ بِالنِّكَاحِ لَمْ يَثْبُتْ بِحَلِفِهَا مَهْرُ المِثْلِ عَلَيْهِ فِي أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ بَلْ يَتَحَالَفَانِ، وَكَذَا مُجَرَّدُ قَوْلِهِ: هذا أَبْنِي منها لا يُوجِبُ مَهْرَ المِثْلِ وَإِنْ كَانَ ظَاهِراً فِي الإِقْرَارِ بِالوَطْءِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا ادَّعَتِ النِّكَاحَ وَمَهْرَ المثل، واعترف الزَّوْجُ بالنكاح، وأنكر المَهْرَ، أو سَكَتَ عنه، ولم يَدَّعِ التَّفْوِيضَ ولا إِخْلاَءَ النكاح [عن][1] ذكر المَهْرِ حكى صاحب الكتاب فيه وجهين:

أحدهما: وَيُنْسَبُ إلى القاضي الحسين أنه يَثْبُتُ لها المَهْرُ، إذا حلفت؛ لأن الظَّاهِرَ معها، فإن النكاح يوجب مَهْرَ المِثْلِ، إذا لم تَجْرِ تَسْمِيَةٌ صحيحة.

وأَظْهَرُهُمَا: عند صاحب الكتاب: أنه لا يثبت مَهْرُ المِثْلِ بيمينها، ولكن يَتَحَالَفَانِ أما أنه لا يثبت مَهْرُ المِثْلِ بيمينها فلأن النكاح قد يَجْرِي بِأَقَلِّ ما يُتَمَوَّل، وليس من لَوَازِمِهِ وُجُوبُ مَهْرِ المثل وأما التحالف[2] [فلأن إِنْكَارَ أَصْلِ المَهْرِ أَبْلَغُ من إنكار بَعْضِهِ، وذلك يوجب التَّحَالُفَ][3] وهذا لا يكاد يُتَصَوَّرُ، فإنا حيث نَقُولُ بالتحالف نُحَلِّفُ كُلَّ واحد منهما على إِثْبَاتِ ما يَزْعمُهُ، ونَفْيِ ما يَزْعُمُ صاحبه، والمَفْرُوضُ من جِهَةِ الزوج في المسألة إِنْكَارٌ مُطْلَقٌ، فأي معنى لِلتَّحَالُفِ، ولم يذكر القاضي الرُّويَانِيُّ هذا الخلاف هكذا، لكن قال: قال مَشَايِخُ «طبرستان»: القول قَوْلُ الزوج وعليها البَيِّنَةُ، والحق ألا يُسْمَعَ إِنْكَارُهُ؛ لاعترافه بما يَقْتَضِي المَهْرَ، ولكن يُطَلِّقُ البَيَانَ، فإن ذكر قدراً وذكرت زِيَادَةً تَحَالَفَا، وإن أَصَرَّ على الإِنْكَارِ رُدَّتِ اليَمِينُ عليها، وقُضِيَ لها بها قال: ورأيت جَمَاعَةً من المحققين بـ «خراسان» و «العراق» يُفْتُون بهذا، وهو القَوِيمُ.

ولو ادَّعَتْ زَوْجِيَّةً ومَهْراً مُسَمَّى يساوي مَهْرَ المِثْلِ وقال الزوج: لا أدري، أو سكت. قال الإمام: ظاهر ما ذكره القَاضِي أن القَوْلَ قَوْلُهَا؛ لما مَرَّ أن النِّكَاحَ يَقْتَضِي مَهْرَ المِثْلِ، ولك أن تقول: هب أن النِّكَاحَ يَقْتَضِي مَهْرَ المِثْلِ، إذا لم يكن تسمية، لكنه لا يَقْتَضِي شَيْئاً آخر يساوي مَهْرَ المِثْلِ، فلا يلزم تَصْدِيقُهَا فيه قال: والذي يَقْتَضِيهِ قِيَاسُ

---

(١) سقط في: أ. (٢) سقط في: أ.

المذهب أن دَعْوَاهَا مُتَوَجِّهَةٌ[1] بذلك المِقْدَارِ، ولا يُسْمَعُ منه التَّرَدُّدُ، بل يَحْلِفُ على نَفْيِ ما تدعيه، فإن نَكَلَ، رُدَّتِ اليَمِينُ عليها، وقُضِيَ بيمينها، وهذا مثل ما سَبَقَ في دَعْوَى مَهْرِ المِثْلِ.

ثم حكى عن القاضي على قِيَاسِ الوَجْهِ المَنْسُوبِ إليه، أنه إذا قال: هذا ابني من فُلاَنَةَ، فَتَسْتَحِقُّ مَهْرَ المِثْلِ، إذا حَلَفَتْ؛ لأنه أقر بالوَطْءِ ظاهراً، لأن اسْتِدْخَالَ المَاءِ بعيد، والوطء المُحْتَرَمُ هو الذي يَحْصُلُ منه الوَلَدُ النسيب[2] ظاهراً، وأنه يَقْتَضِي المَهْرَ، وقياس ظاهر المذهب أن يُؤْمَر بالبيان، إذا أنكر ما تدعيه، وإن أَصَرَّ على الإِنْكَارِ رُدَّتِ اليمين عليها.

«فَرْعٌ»

عن «التتمة» مات الزوج، وادَّعَتِ الزَّوْجَةُ على الوَارِثِ أن الزوج سَمَّى لها أَلْفاً، فقال الوارث: لا أعلم كم سَمَّى؟ فلا يَتَحَالَفَانِ، ولكن يحلف الوَارِثُ على نَفْيِ العلم، وإذا حلف قُضِيَ لها بِمَهْرِ المِثْلِ[3].

قَالَ الغَزَالِيُّ: **(الثَّالِثَةُ): إِذَا تَنَازَعَ وَلِيُّ الصَّبِيَّةِ وَالزَّوْجُ فِي مِقْدَارِ المَهْرِ تَحَالَفَا عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ؛ لأَنَّ الوَلِيَّ مَقْبُولُ الإِقْرَارِ فَلاَ بُعْدَ فِي أَنْ يَحْلِفَ، وَكَذَا الوَصِيُّ وَالقَيِّمُ وَالوَكِيلُ عَلَى هَذَا الوَجْهِ، وَلَوِ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ أَتْلَفَ مَالاً لِطِفْلٍ فَأَنْكَرَ المُدَّعى عَلَيْهِ وَنَكَلَ لَمْ يُرَدَّ اليَمِينُ عَلَى الوَلِيِّ عَلَى أَقْيَسِ الوَجْهَيْنِ لَكِنْ يَتَوَقَّفُ إِلَى أَنْ يَبْلُغَ الصَّبِيُّ وَيَحْلِفَ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا وَقَعَ الاخْتِلاَفُ بين وَلِيِّ الصغيرة والمجنونة، وبين الزوج، فقال الوَلِيّ: زَوَّجْتُهَا بِأَلْفٍ، وقال الزوج: بل بخمسمائة فوجهان:

أظهرهما: في المذهب، وبه قال ابن سريج وأبو إسحاق: أنهما يَتَحَالَفَانِ[4]؛ لأن

---

(١) في ب، بذلك متوجهة. (٢) في ب: والنسب.

(٣) قال النووي: هذا الذي ذكره المتولي، حكاه الإمام عن القاضي حسين، ثم قال: هو مشكل على قياس المذهب، قال: والقياس أن يحكم بانقطاع الخصومة، يحلف الوارث، والقدر الثابت على قطع هو أقل ما يتمول، والمختار بل الصواب قول المتولي والقاضي، وقد نص عليها قبلهما القفال شيخ طريقة خراسان، وقد حكاه عنه الرافعي في الباب الثاني من «الدعوى والبينات»، ولم يذكر فيه خلافاً، ولم أرَ لأحد من الأصحاب خلافاً، ودليله أن تعذر معرفة المسمى، كعدمه من أصله، ولذا نوجب مهر المثل في التحالف وإن كان هناك مسمى زائد أو ناقص.

(٤) قيل هذا مخالف لما صححه في الدعاوى أنه لو ادعى ولي صبي ديناً له فأنكر ونكل لم يحلف الولي وقيل يحلف وقيل إن ادعى مباشرة سببه حلف وإلا فلا وهذا هو الذي صححه هنا، قال في الخادم: لا تدافع بين الكلام، فإن المذكور في الدعاوى في الحلف على أن الصبي يستحق كذا

الوَلِيّ هو المَالِكُ لِلْعَقْدِ، والمُسْتَوْفِي لِلصَّدَاقِ، فكان اخْتِلاَفُهُ مع الزوج كاختلاف البَالِغَةِ مع الزوج، ولأن إِقْرَارَهُ مَقْبُولٌ في النكاح والصداق، وإذا قُبِلَ إِقراره لم يَبْعد تحليفه.

والثاني: أنهما لا يتحالفان، لأنا لو حَلَّفْنَا الوَلِيّ، لكان مُثْبِتاً حق الغير بيمينه، ورَتَّبَ الإِمَامُ [الخلاف] في المَسْأَلَةِ، على قولين، حكاهما فيما إذا باع الوَلِيُّ مَالَ الطِّفْلِ، واختلف الوَلِيُّ والمشتري في كَيْفِيَّةِ البيع، هل يتحالفان وقال: الأَصَحُّ المَنْعُ، ويعلّلُ القول الآخر بمعنيين:

أحدهما: أن الولي يثبت بالحَلِفِ قَوْلَ نفسه.

والثاني: أنه يَتَعَلَّقُ به العُهْدَةُ، فإن الولي في عُهْدَةِ ما تبيعُ للصبي، فإن قلنا: لا يَحْلِفُ في البَيْع، ففي النكاح أَوْلَى وإن قلنا: يحلف هناك، ففي النِّكَاح خِلاَفٌ مَبْنِيٌّ على المعنيين، إن عَلَّلْنَا بأنه يثبت قَوْلَ نفسه، فكذلك ها هنا، وإن عَلَّلْنَا بالمعنى الثاني، فلا؛ لأن النِّكَاحَ ليس عَقْدَ عُهْدَةٍ، فإن قلنا: لا يحلف الوَلِيُّ، فيوقف إلى أن تَبْلُغَ الصبية، فَيَتَحَالَفَانِ، ويجوز أن يَحْلِفَ الزوج، ويوقف يمينها إلى بلوغها.

وإن قلنا: يحلف الوَلِيُّ، فذلك إذا ادَّعَى زِيَادَةً على مَهْرِ المِثْلِ، والزوج مُعْتَرِفٌ بمهر المثل بأن كان مَهْرُ مِثْلِهَا أَلْفاً، والزوج يَزْعُمُ أنه نَكَحَهَا بألف، وقال الولي: بألفين. وأما إذا ادَّعَى النِّكَاحَ بما دُونِ مَهْرِ المثل، فلا حَاجَةَ إلى التَّحَالُفِ؛ لأنه يثبت مَهْرَ المثل، وإن نَقَصَ الوَلِيُّ، ولو ذكر الزوج قَدْراً يزيد على مَهْرِ المِثْلِ، وادعى الولي أَكْثَرَ من ذلك، فلا يَتَحَالَفَانِ كيلا يَرْجِعَ الوَاجِبُ إلى مَهْرِ المثل، بل يأخذ الوَلِيُّ ما يقوله الزوج.

ولو ادَّعَى الوَلِيُّ مَهْرِ المِثْلِ أو أكثر، وذكر الزَّوْجُ أكثر من ذلك حكى الحناطي وجهين في أنهما يَتَحَالَفَانِ، أو يؤخذ بما يقوله الزَّوْجُ، والخلاف الذي ذَكَرْنَاهُ في اختلاف الزَّوْجِ، وولي الصغيرة، يَجْرِي فيما إذا اختلفت المَرْأَةُ ووليُّ الزوج الصغير، وفيما إذا اختلفَ وَلِيَّا الزَّوْجَيْنِ الصغيرين.

ولو بلغت الصغيرة قبل التَّحَالُفِ، فَتَحْلِفُ هي، ولا يَحْلِفُ الوَلِيُّ.

وادعى صاحب «التهذيب» الوِفَاقَ فيه، لكن في «التتمة» وغيره أنا إذا جَوَّزْنَا لِوَلِيِّ الصغيرة أن يَحْلِفَ، ففي نكاح البِكْرِ البالغة، إذا وَقَعَ الاخْتِلاَفُ بين الولي والزوج، اخْتِلاَفٌ للأصحاب في أنه يَحْلِفُ الوَلِيُّ، أو المنكوحة، والصحيح أنها التي تَحْلِفُ لأنها من أَهْلِ اليمين وعن القاضي أبي الطَّيِّبِ وغيره: أنه يَحْلِفُ الوَلِيُّ؛ لأنه العَاقِدُ،

= فهو حلف للغير فلا تقبل، وأما هنا فهو حلف على أن العقد من الولي وقع هكذا أو الحق فيه وقع تبعاً وضمناً لا قصداً بخلاف المذكور في الدعاوى.

ومن قال بهذا لا يُسَلِّمُ في الصغيرة إذ بلغت أن اليَمِينَ تكون عليها، والخِلاَفُ في أن الوَلِيَّ هل يَحْلِفُ يجري في الوكيل [في النكاح][(١)] وكذلك في البَيْعِ إذا اخْتَلَفَ وَكِيلُ البَائِعِ مع المشتري، أو وَكِيلُ المشتري مع البائع أو اخْتَلَفَ الوكيلان.

ومنهم من رَتَّبَ، وقال: إن لم نحلف الولي، فالوكيل أَوْلَى، وإن حَلَّفْنَاهُ، ففي الوَكِيلِ وجهان: والفَرْقُ قُوَّةُ الوِلاَيَةِ.

وإذا نَكَلَ الوَلِيُّ على قولنا: إنه يحلف، فَيُقْضَى بيمين صاحبه، أو يُوقَفُ إلى أن تَبْلُغَ الصَّبِيَّةُ، وتفيق المَجْنُونَةُ، فلعلها تَحْلِفُ، فيه وجهان نقلهما الحناطي[(٢)]وغيره.

وجميع ما ذَكَرْنَا فيما يَتَعَلَّقُ بإنشاء الولي، فأما ما لا يَتَعَلَّقُ به، كما إذا ادَّعَى على إنْسَانٍ أنه أَتْلَفَ مَالَ الطِّفْلِ، وأنكر المدعى عليه، ونَكَلَ عن اليمين فوجهان:

أحدهما: أن الوَلِيَّ يَحْلِفُ اليمين المَرْدُودَةَ إِتْمَاماً للخصومة، واسْتِخْرَاجاً لحق الصَّبِيِّ.

وأظهرهما: المَنْعُ؛ لأنه لا يَتَعَلَّقُ بِتَصَرُّفِ الولي، وإنشائه، وعلى هذا فلا يُقْضَى بالنُّكُولِ، بل يُتَوَقَّفُ إلى أن يَبْلُغَ الصبي، فلعله يَحْلِفُ.

وفي وجه لا تُعْرَضُ اليمين [على المدعى][(٣)] عليه وَيُتَوَقَّفُ في أصل الخُصُومَةِ وأفتى القَفَّالُ بقولنا: إن الولي لا يَحْلِفُ فيما لا يَتَعَلَّقُ بإنشائه، فقال: إن قَيِّمَ الصبي إذا ادَّعَى على إنْسَانٍ دَيْناً وَرِثَهُ الصبي، وأقام عليه بَيِّنَةً، فقال الخصم: كنت قَضَيْتُهُ أو أَبْرَأَنِي مُوَرِّثُهُ، فلا يحلف الوليُّ، ويحلف الصبي، إذا بلغ على نَفْيِ العلم بذلك[(٤)]، ولو أَقَرَّ القَيِّمُ بما يقول الخَصْمُ انْعَزَلَ، وأقام الحاكم قَيِّماً آخر، ولو ادَّعَى أن هذا القَيِّمَ قَبَضَهُ، وأنكر، فيحلف.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الرَّابِعَةُ) لَو ادَّعَتْ أَلْفَيْنِ فِي عَقْدَيْنِ جَرَيَا فِي يَوْمَيْنِ وَأَقَامَت البَيِّنَةَ

---

(١) سقط في: أ.

(٢) سكت المصنف عن الترجيح، قال في الخادم: صحح الإمام ثانيهما. انتهى.
وقد رجحه الروياني في البحر أيضاً، انتهى.

(٣) سقط في: أ.

(٤) قال في الخادم: هذه العبارة توهم أن الدفع يتوقف على الثمن؛ لأنها حق المدعي عليه، وليس كذلك، بل يلزمه الدفع في الحال، ولكن اليمين تتوقف على البلوغ، صرح بذلك البغوي في فتاويه وغيره. وعبارة القفال في الفتاوى إذا ادعى قيم المجنون مالاً على آخر فقال كان أبرأني منه قبل جنونه أو قبضه مني، لزمه الدفع على ظاهر المذهب، ومن أصحابنا من قال لا يلزمه الدفع إلى آخر ما نقله عنه.

عَلَيهِمَا لَزِمَ وَقَدَّرْنَا تَخَلُّلَ طَلاَقٍ بَعْدَ المَسِيسِ، وَعَلَى الزَّوْجِ أَنْ يُبَيِّنَ جَرَيَانَ المُسْقِطِ بِإِظْهَارِ طَلاَقٍ قَبْلَ المَسِيسِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ادعت على رَجُلٍ أنه نَكَحَهَا يوم الخَمِيسِ بألف، ويوم السبت بألف، وطالبته بالألْفَيْنِ لِيُسْمَعُ دعواها؛ لإمكان ثُبُوتِ المَهْرَيْنِ بأن يَطَأَهَا في النِّكَاحِ الأول، ويُخَالِعُهَا، ثم يَنْكِحُهَا في اليوم الثاني، وإذا ثبت العَقْدَانَ، إما بالبَيِّنَةِ، أو بإقراره، أو بيمينها[1] بعد نُكُولِهِ، لزمه الألْفَانِ، ولا يحتاج إلى التَّعَرُّضِ لِتَخَلُّلِ الفُرْقَةِ، ولا لحصول الوَطْءِ في النكاح الأول.

أما تَخَلُّلُ الفُرْقَةِ، فلأن جَرَيَانَ العَقْدِ الثاني يَدُلُّ على حصولها، فلو قال الزوج: كان النِّكَاحُ الأول بحاله، وإنما جَدَّدْنَا لَفْظَ العَقْدِ إِشْهَاراً لم يُلْتَفَتْ إلى قوله، كما لو قال لغيره: بِعْ هذا العَبْدَ مِنِّي، ثم ادَّعَى أنه ملكه لم يُلْتَفَتْ إليه ويجعل الاسْتِبَاحَةُ إقراراً له بالمِلْكِ، ولا يُعْتَدُّ بقوله: إني طلبت منه صُورَةَ البَيْعِ، وأما التعرض لِلْوَطْءِ، فلأن المَهْرَ المُسَمَّى في كل عَقْدٍ يَجِبُ بذلك العَقْدِ، والأصل اسْتِقْرَارُهُ إلى أن يدعي الخَصْمُ مُسْقِطاً، فإذا ادَّعَى أنه لم يُصِبْهَا في النِّكَاحِ الأول صُدِّقَ بيمينه؛ لأن الأَصْلَ عَدَمُ الإِصَابَةِ، ولا يطالب من المَهْرِ الأَوَّلِ إلا بالشَّطْرِ، وتكون عنده بِطَلْقَتَيْنِ.

ولو ادعى في النِّكَاحِ الثاني الطَّلاَقَ قبل الإِصَابَةِ أيضاً صُدِّقَ بيمينه وقَنِعَ منه بِشَطْرِ المهر الثاني أيضاً، وشَبَّهُوهُ بأن المُودِعَ بعد ثبوت الإِيدَاعِ مُطَالَبٌ بالوَدِيعَةِ، ومَحْبوسٌ إليها ما دام يسكت فإذا ادَّعَى تَلَفاً أَوْ رداً صُدِّقَ بيمينه، وانْقَطَعَتِ الطَّلْبَةُ وهل تحلف المَرْأَةُ على نَفْيِ ما تقوله إذا ادعى جريان لفظ العقد من غَيْرِ فُرْقَةٍ، أو تُصَدَّقُ بغير يَمِينٍ؟ قال في «العدة»: فيه وجهان:

أصحهما: الأول.

ولو ادَّعَى على غيره أنه اشْتَرَى منه كذا يوم الخَمِيسِ بألف، ثم يوم الجُمُعَةِ بألف، وطَالَبَهُ بالثَّمَنَيْنِ، لزمه الثمنان إذا أثبت العَقْدَيْنِ، كما ذكرنا في المَهْرَيْنِ.

وقوله في الكتاب: «وقدرنا تَخَلُّلَ طلاق بعد المَسِيسِ» يعني أن النِّكَاحَ الثاني يَدُلُّ

---

(١) قال الشيخ البلقيني: ما جزم به من لزوم الألفين إلى آخره مشكل؛ لأن الفرقة لا بدّ منها لصحة العقد الثاني، وحينئذٍ فالأصل عدم الدخول وإلزام ألف عن العقد الأول مع إثبات الفرقة تخالف الأصل المذكور لا يقال قد تحقق مسمى العقد، والأصل النقاء لأن الفرقة المقدرة بمنع هذا الأصل لا يقال فعلى الزوج دعوى المسقط؛ لأنا نقول على القاضي أن يحتاط لحكمه بالإلزام فيستفصل هناك دخول أم لا، وقد قال الماوردي: إنه لا ينبغي أن ينبه عليه، وهذا يقتضي أن الحاكم يلزم بألفين ولا ينبه الزوج وهو من المشكلات.

عَلى حُصُولِ الفرقة، فيقدرها، والأصل في المَهْرِ الثَّابِتِ الدَّوَامُ، وأنه يَفْتَقِرُ إلى المَسِيسِ، فيقدره فإن ادَّعَى الزَّوْجُ المُسْقَطَ، فعليه إظْهَارُهُ لحُجَّتِهِ، وهو اليَمِينُ، والشيء يثبت تَارَةً بالبَيِّنَةِ، وأخرى باليمين.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **(الخَامِسَةُ): إِذَا كَانَ فِي مِلْكِهِ أَبُوهَا وَأُمُّهَا فَقَالَ: أَصْدَقْتُكَ أَبَاكَ فَقَالَتْ: بَلْ أُمِّي تَحَالَفَا عَلَى الأَصَحِّ لأَنَّ الصَّدَاقَ عِوَضٌ وَأَصْلُ العَقْدِ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ، ثُمَّ الرُّجُوعُ إِلَى مَهْرِ المِثْلِ، وَيُعْتَقُ الأَبُ بِإِقْرَارِهِ وَوَلاَؤُهُ مَوْقُوفٌ إِذْ لاَ يَدَّعِيهِ أَحَدُهُمَا.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: رجل في مِلْكِهِ أَبَوَا امْرَأَةٍ حُرَّةٍ، فنكحها على أحدهما معيناً، ثم اخْتَلَفَا، فقال: أَصْدَقْتُكِ أباك، فقالت: بل أُمِّي، ففيه وجهان:

أصحهما: عند صاحب الكتاب، وبه أجاب ابْنُ الحَدَّادِ أنهما يَتَحَالَفَانِ، كما لو اخْتَلَفَا في جِنْسِ الثمن، فقال البائع: بِعْتُكَ بِدَنَانِيرَ، وقال المشتري: بل بدَرَاهِمَ.

والثاني: أنه لا تَحَالُفَ؛ لأن الصَّدَاقَ كَعَقْدٍ مستقلّ بنفسه، ولم يَتَّفِقَا على صَدَاقٍ واحد، والوجهان هما الوَجْهَانِ المذكوران، فيما إذا اختلف المُتَبَايِعَانِ فقال البائع: بِعْتُكَ هذا العَبْدَ، وقال المشتري: بل هذا العَبْدَ الآخر، أو هذه الجَارِيَةَ، على ما بَيَّنَّا في البَيْعِ في باب التَّحَالُفِ، فإن قلنا: لا تَحَالُفَ، فيصدق الزَّوْجُ بيمينه، في أنه لم يُصْدِقْهَا أُمَّهَا، وتَحْلِفُ هي على أنه لم يُصْدِقْهَا الأَبَ، ولها مَهْرُ المِثْلِ، ويعتق الأب بإِقْرَارِ الزوج بيمينه أنه أَصْدَقَهَا الأَبَ لِتَضَمُّنِهِ الإِقْرَارَ بأنه عتق عليها، ولا غُرْمَ على المَرْأَةِ؛ لأنها لم تُفَوِّتْ على الزوج شَيْئاً، فإنما عُتِقَ الأب بإقراره، فصار كما لو قال الرجل لولد عَبْدِهِ: بعت لك أباك، وأنكر، يُعْتَقُ العَبْدُ بإقراره، وإن قلنا بالتَّحَالُفِ، فإن حَلَفَا عُتِقَ الأب بِإِقْرَارِ الزوج، ولَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا، وليس عليها قِيمَةُ الأَبِ، وَوَلاَؤُهُ مَوْقُوفٌ[1]؛ لأن الزَّوْجَ يَدَّعِي أن الوَلاَءَ لها، وهي مُنْكِرَةٌ، وإن حلفت المَرْأَةُ دونه، عُتِقَ الأبوان جميعاً، أما الأَبُ فبِإِقْرَارِهِ، وأما الأم فلأنا نَحْكُمُ بكونها صَدَاقاً بيمين الزَّوْجَةِ، فَيُعْتَقُ عليها، وليس عليها قِيمَةُ واحد منهما، وإن حَلَفَ الزَّوْجُ دونها وقَّتِ الأم، وعُتِقَ الأب لإِقْرَارِهِ، ولحكمنا، بيمينه بأنه هُوَ الصَّدَاقُ، وولاؤه مَوْقُوفٌ، وإن لم يَحْلِفْ واحد منهما عُتِقَ الأب بالإقرار، ولا تَتَمَكَّنُ من طَلَبِ المَهْرِ، لأن من ادَّعَى شَيْئاً، وَنَكَلَ عن اليمين بعد

---

(١) قال الشيخ البلقيني: هذا فيه تعقب من جهة أن حلف الزوج مع نكولها بمنزلة إقرارها، وقضية ذلك ثبوت أن الأب هو المصدق، وقضية أن يكون هو المصدق أن يكون ولاؤه لها ولا يكون موقوفاً، فإن قلت هي تنكر ذلك فكيف يكون لها الولاء مع إنكارها، قلنا: إن نكلت وحلف خصمها لغى حكم إنكارها، فإن قلت ففي الوسيط ولو حلف الزوج ونكلت المرأة رقت الأم وحكم بأن الصداق هو الأب فهو شاهد لما قررناه.

الرَّدّ عليه كان كما لم يَدَّعِ شَيْئاً، ولو قال الزوج: أَصْدَقْتُكِ أباك، ونِصْفَ أمك، وقالت: بل أَصْدَقْتَنِيهِمَا جَمِيعاً، فلا خلاف في التَّحَالُفِ، لأن الاخْتِلاَفَ ها هنا في قَدْرِ الصداق، فإذا حَلِفَا، فلها مَهر المِثْلِ، ويُعْتَقُ الأب، وعليها قِيمَتُهُ لاتِّفَاقِهِمَا على أنه عُتِقَ عليها بِحُكْمِ الصَّدَاقِ، لكن لما تَحَالَفَا بَطَلَ عَقْدُ الصَّدَاقِ، ولا سبيل إلى رَدِّ العِتْقِ، فيعدل إلى القِيمَةِ، كما لو اشترى عَبْداً، وأَعْتَقَهُ، ثم اخْتَلَفَا في الثَّمَنِ، وتحالفا وأما الأُمّ فَتُعْتَقُ عليها نِصْفُهَا، ويقتصر العِتْقُ عليه إن كانت مُعْسِرَةً، وإن كانت مُوسِرَةً، فَيُعْتَقُ الباقي أيضاً بالسِّرَايَةِ، وعليها قِيمَةُ ما يُعْتَقُ منها، ويجيء خِلاَفُ التَّقَاصِّ؛ لأن مَهْرَ المِثْلِ الواجب لها، والقيمة الواجبة عليها من جِنْسٍ وَاحِدٍ.

ولو حلف الزَّوْجُ دون المَرْأَةِ عُتِقَ الأب، ونصف الأم، ولا يَسْرِي إذا كانت مُعْسِرَةً، ولا شيء لها، ولا عليها لأَنَّا حَكَمْنَا بيمينه أن الأب ونصف الأُمّ جُمْلَةُ الصَّدَاقِ. ولو حَلَفَتْ هي دون الزَّوْجِ فيحكم بأن كليهما صَدَاقٌ، ويُعْتَقَانِ، ولا شيء عليها.

ولو قالت هي: أَصْدقْتَنِي جَمِيعَ أمي، ونصف أبي، وقال الزوج: بل جَمِيعَ الأَبِ، ونصف الأم، فيتحالَفَانِ أيضاً، وإذا حَلَفَا، فلها مَهْرِ المِثْلِ، ويعتق جميع الأب نصفه لاتِّفَاقِهِمَا على أنها ملكته، ونصفه بِإِقْرَارِ الزوج، وعليها قِيمَةُ ما عُتِقَ منه باتِّفَاقِهِمَا، وأما الأم فَيُعْتَقُ نِصْفُهَا باتِّفَاقِهِمَا، ويَسْرِي إلى الباقي، إن كانت مُوسِرَةً، وعليها قِيمَةُ ما يُعْتَقُ منها، ويجيء الكلام في التَّقَاصِّ.

ومن صورة التَّنَازُعِ بين الزوجين أن يَخْتَلِفَا في أداء المَهْرِ، فالقول قَوْلُهَا مع يَمِينِهَا، سَوَاءٌ كان [الاختلاف][1] قبل الدخول، أو بعده، خِلاَفاً لِمَالِكٍ، فيما بعد الدُّخُولِ، ولو اتَّفَقَا على قَبْضِ مَالٍ، فقال الزوج: دفعته صَدَاقاً، وقالت: بل هَدِيَّةً، فقد أَطْلَقَ مُطْلِقُونَ أن القَوْلَ قَوْلَ الزوج مع يَمِينِهِ، لأنه أَعْرَفُ بكيفية إِزَالَةِ مِلْكِهِ وبنِيته وتصرفه. وفَصَّلَ مُفَصِّلُونَ، فقالوا: إن كان الاخْتِلاَفُ في اللَّفْظِ، فقال الزوج: ذكرت عند الدَّفْعِ أنه صَدَاقٌ، وقال: بل قلت: إنه هَدِيَّةٌ، فالجواب هكذا.

أما إذا اتَّفَقَا على أنه لم يَجْرِ لفظ، واختلفا في نِيَّتِهِ لم يُلْتَفَتْ إلى ما تقوله، والقول قوله بلا يَمِينٍ، وأشبه أن يكون هذا بِنَاءً على أن المُعَاطَاةَ لا تَكْفِي في الهَدَايَا.

أما إذا اكْتَفَيْنَا بها، وهو الصَّحِيحُ، وجب أن نَقْبَلَ دَعْوَاهَا، وأن يحتاج الزَّوْجُ إلى اليمين، ثم لا فَرْقَ بين أن يكون المَقْبُوضُ من جِنْسِ الصَّدَاقِ، أو من غَيْرِ جِنْسِهِ، ولا بين الطَّعَامِ وغيره.

---

(١) في أ: الإخلاف.

وعن أبي حَنِيفَةَ أن القول فيما لا يُدَّخَرُ قولها، وعنه أن القَوْلَ في الطَّعَام قولها وعن مالك مِثْلُهُ، وإذا حلف الزَّوْجُ، فإن كان المَقْبُوضُ من جِنْسِ الصَّدَاقِ وقع عنه، وإلا فإن رَضِيَا بِبَيْعِهِ بالصَّدَاقِ فذاك، وإلا اسْتَرَدَّهُ، وأدى الصداق، فإن كان تَالِفاً فله البَدَلُ عليها، وقد يَقَعُ في التَّقَاصِّ، ولو بعث إلى بيت من لا دَيْنَ له عليه شَيْئاً، ثم قال: بَعَثْتُهُ بِعِوَضٍ، وأنكر المَبْعُوثُ إليه، فالقول قوله، وكان يجوز أن يُسَوِّى بينه، وبين مَسْأَلَةِ الصَّدَاقِ، فيقال: إنه أَعْرَفُ بكيفية إِزَالَةِ مِلْكِهِ، أو يقال: كما أن الأَصْلَ أن لا عِوَضَ على المَبْعُوثِ إليه، فالأصل أن يَبْقَى الصَّدَاقُ، ولا يصير عِوَضاً عن المَبْعُوثِ.

ولو ادعى الزَّوْجُ دَفْعَ الصَّدَاقِ إلى وَلِيِّ الصَّغِيرَةِ، أو المجنونة أو السَّفِيهَةِ، فالدعوى مَسْمُوعَةٌ وإن ادَّعَى دَفْعَهُ إلى وَلِيِّ البَالِغَةِ الرَّشِيدَةِ، لم تُسْمَعِ الدعوى، إلا أن[1] يدعي إذنها ولا فَرْقَ بين البِكْرِ والثَّيِّبِ.

وفي البِكْرِ وَجْهٌ آخر، والخلاف مَبْنِيٌّ على أن الوَلِيَّ هل يَمْلِكُ قَبضَ مَهْرِ البِكْرِ البالغة الرَّشِيدَةِ، والصحيح منعه، وفيه قَوْلٌ أو وجه آخر؛ لأنه يَمْلِكُ بُضْعَهَا، فيملك عِوَضَهُ، وربما بني ذلك على جَوَازِ عَفْوِهِ عن مَهْرِ الصغيرة.

ومنهم من لم يُثْبِتْهُ، وقَطَعَ بالأول، وإذا قلنا به فلو رَاجَعَهَا، فسكتت لم يُسْتَفَدْ بسكوتها [الإذن في][2] القَبْضِ، وقياس القول أو الوجه الضعيف أنه يملك القبض إن نَهَتْ عنه، كما في تَزْوِيجِهَا.

وعند أبي حَنِيفَةَ: له قَبْضُ مَهْرِهَا ما لم تَنْهَ عنه، ولو وَقَعَ الاختلاف في عَيْنِ المَنْكُوحَةِ، فهو اخْتِلاَفٌ في عقدين القول في كل واحد منهما قول النَّافي.

وإن كان الاخْتِلاَفُ في قَدْرِهَا، فقال الزوج نكحت هاتين بألفين، وقالت إحداهما أو وليها: بل نَكَحَتْ هذه وَحْدَهَا بألف، فهذا اختلاف في حق المتفق على نكاحها في قَدْرِ المَهْرِ، والقول في الأخرى قَوْلُ المنكر ذكر ذلك أبو الفَرَجِ الزَّازُ.

«فَرْعَانِ»: «نختم بهما الكتاب».

الأول: أَصْدَقَ امْرَأَتَهُ جَارِيَةً وَوَطِيءَ تلك الجَارِيَةَ مع العِلْم بأنها الجَارِيَةُ المُصْدَقَةُ، فإن كان بعد الدُّخُولِ، فعليه الحَدُّ، ولا يُقْبَلُ، قوله: إني لا أعلم أنها تَمْلِكُهَا بعد العَقْدِ والدخول، إلا أن يكون قَرِيبَ العَهْدِ بالإِسْلاَمِ، وإن كان قبل الدخول، وقال: لم أعلم أنها تَمْلِكُ الصَّدَاقَ قبل الدخول، لم يَجِبِ الحَدُّ عليه، وعَلَّلُوهُ بشيئين:

أحدهما: أن مِثْلَ هذه الأَحْكَامِ لا يَبْعَدُ أن تَخْفَى على العَوَامِّ.

---

(١) في ب: عليهما إلا أن.

(٢) سقط في: أ.

والثاني: اختلاف العُلَمَاءِ، فإن مَالِكاً قال: لا تَمْلِكُ قبل الدخول إلا نِصْفَ الصَّدَاقِ، فإن كان عَالِماً بأنها تَمْلِكُ الصَّدَاقَ قبل الدخول، فعلى التَّعْلِيلِ الأول يَلْزَمُ الحَدُّ، وعلى الثاني لا يلزم[1]، وحيث يجب الحَدُّ، فلو أَوْلَدَهَا، فالولد رَقِيقٌ، وعليه المَهْرُ إن كانت مُكْرَهَةً، وحيث لا يجب، فالوَلَدُ نَسِيبٌ حُرٌّ، وعليه قِيمَتُهُ يوم السُّقُوطِ.

والثاني: خَالَعَ امْرَأَتَهُ المَدْخُولَ بها، ثم نَكَحَهَا في العِدَّةِ، وطَلَّقَهَا قبل الدخول في النكاح الثَّاني يُشَطَّرُ المَهْرُ وبه قال أحمد.

وعند أبي حَنِيفَةَ يجب جَمِيعُهُ والله أعلم.

بَابُ الوَلِيمَةِ وَالنَّثْرِ

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَالوَلِيمَةُ هِيَ مَأْدَبَةُ العُرْسِ، وَهِيَ سُنَّةٌ مُؤَكَّدَةٌ، وَقِيلَ: إِنَّهَا وَاجِبَةٌ، وَفِي وُجُوبِ الإِجَابَةِ إِلَيْهَا قَوْلاَنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مقصود الباب شَيْئَان:

أحدهما: الكَلاَمُ في الوَلِيمَةِ: روي أنه ﷺ: «أَوْلَمَ على صَفِيَّةَ بِسَوِيقٍ وتَمْرٍ»[2] وأنه قال لعبد الرحمن بن عَوْفٍ ـ رضي الله عنه ـ وقد تَزَوَّجَ: «أَوْلِمْ وَلَوْ بِشَاةٍ»[3].

والوَلِيمَةُ على ما ذَكَرَ الشَّافِعِيُّ ـ رضي الله عنه ـ والأصحاب ـ تَقَعُ على كل دَعْوَةٍ تُتَّخَذُ لِسُرورٍ حَادِثٍ من إِمْلاَكٍ وخِتَانٍ وغيرهما لكن استعمالها على الإِطْلاَقِ في العُرْسِ أَشْهَرُ، وفي غيره يُقَيَّدُ، فيقال: وَلِيمَةُ الخِتَانِ وغيره[4]، ويقال لدعوة الخِتَانِ: إِعْذَارٌ،

---

(١) قال في الخادم: ليس في كلامه ترجيح فيما إذا كان عالماً بأنها تملكه قبل الدخول، والذي نص عليه الشافعي أنه يلزمه الحد في هذه الحالة وبه يظهر أن الراجح من العلتين هي الأولى وقد استشكله في الذخائر بأنه إذا صح عن مالك أنها تملك النصف والنصف الثاني يبقى على ملكه وإنما هو قريب الزوال فكيف يجب عليه الحد وإن كان عالماً والشبهة قائمة لهذا الخلاف، ثم نقل عن البحر أن نص الشافعي وجوب الكل.

(٢) رواه أحمد وأصحاب السنن وأبو داود [٣٧٤٤] الترمذي [١٠٩٥] ابن ماجة [١٩٠٩] وابن حبان، من حديث أنس، وفي الصحيحين البخاري [٣٧١ ـ ٦١٠ ـ ٩٤٧ ـ ٢٢٢٨ ـ ٢٢٣٥] ومسلم [١٣٦٥] عن أنس في قصة صفية أنه جعل وليمتها ما حصل من السمن والتمر والأقط، لما أمر بلالاً بالأنطاع فبسطت، فألقى ذلك عليها، وفي رواية لمسلم: من كان عنده شيء فليجيء به، قال: وبسط نطعاً.

(٣) أخرجه البخاري (٩/ ٢٠٤ كتاب النكاح) باب قول الله تعالى: ﴿وآتوا النساء﴾ (حديث ٤٨/ ٥). (ومسلم ٢/ ١٠٤٢ كتاب النكاح) ـ باب الصداق ـ حديث (٧٩ ـ ١٤٢٧).

(٤) قال في الخادم: قضيته أي كلام الرافعي لأنه عبر بالأملاك أنها حقيقة في الأملاك خاصة وهو

واللفظ في الأَصلِ لِلْخِتَانِ نَفْسِهِ يقال: أَعْذَرَ الغُلاَمَ، أي: خَتَنَهُ ولدعوة الوِلاَدَةِ: عَقِيقَةٌ، ولِسَلاَمَةِ المرأة من الطَّلْقِ: خرْسٌ، وقيل: الخُرْسُ طَعَامُ الوِلاَدَة، ولقدوم المُسَافِرِ: نَقِيعَةٌ، ولإِحْدَاثِ البِنَاءِ؛ وَكِيرَةٌ، ولما يُتَّخَذُ في المُصِيبَةِ: وَضِيمَةٌ، ولما يُتَّخَذُ من غير سبب مَأْدُبَةٌ[1].

وفي وَلِيمَةِ النكاح قولان، أو وجهان[2]:

أحدهما: أنها واجبة، لظاهر الأَمْرِ، حيث قال: «أَوْلِمْ وَلَوْ بِشَاةٍ» وبهذا قال ابن خَيْرَانَ.

وأصحهما: أنها مُسْتَحَبَّةٌ، كالأُضْحِيَةِ، وكسائر الوَلاَئِمِ، والحديث مَحْمُولٌ على الاسْتِحْبَابِ، ومنهم من قَطَعَ بالاسْتِحْبَابِ، ويُحْكَى ذلك عنَ القَفَّالِ، وفي سائر الوَلاَئِمِ المشهور الاسْتِحْبَابُ[3]، ولا تَتَأَكَّدَ تَأَكُّدَ وَلِيمَةِ النكاح، وفي «التتمة» أن من الأصحاب من خَرَّجَ في وجوب سَائِرِ الوَلاَئِمِ قَوْلاً؛ لأن الشافعي ـ رضي الله عنه ـ قال بعد ذكرها: ولا أُرَخِّصُ في تركها. وعن أحمد أن سائر الوَلاَئِمِ لا تستحب.

وأما الإِجَابَةُ إلى الدعوة، ففي وَلِيمَةِ العُرْسِ تجب الإِجَابَةُ إن أَوْجَبْنَاهَا، وإن لم نُوجِبْهَا، فقولان، ويقال: وجهان:

أشهرهما: الوجوب، وإلى ترجيحه ذهب أَصْحَابُنَا العراقيون، وتابعهم القاضي

= متابع للبغوي، وقال صاحب التقريب هي طعام العرس، وكذا قال الماوردي والقاضي أبو الطيب وابن الصباغ والإمام والجرجاني وغيرهم ولم يذكروا الأملاك بالكلية وهو الذي حكاه ابن فارس في المقاييس عن أهل اللغة ثم حكي عن ابن عبد البرّ طعام العرس وزاد الأملاك قال وهو يقتضي أنها حقيقة فيهما، وكذا قال صاحب المحكم قال: أعني صاحب الخادم وعدل في الروضة عن قوله الأملاك إلى النكاح وظاهره أنهما واحد ولا شك أن المراد بالعرس البناء، والأملاك العقد إلى آخر ما ذكره. والمنقول عن النص وليمة العرس والأملاك.

(١) قال الأذرعي في القوت: إن الذي ذكره الحليمي في أواخر الحج من منهاجه أن الذي يصنع هو القادم وجرى على ذلك في الخادم وقال: اعلم أنهم أطلقوا استحبابها للمسافر وهو يشمل الطويل والقصير والظاهر تخصيصه بالطويل دون من غاب يوماً ونحوه لأنها شرعت شكراً لله تعالى على السلامة من وعثاء السفر.

(٢) أصحهما أنها مستحبة، قال في المهمات: الصحيح أنهما قولان. قاله الجرجاني في الشافي قال في الخادم وجزم به في الحاوي، لكن أنكره الروياني.

(٣) قال الأذرعي: والظاهر أن استحباب وليمة الختان محله في ختان الذكر دون الإناث فإنه يخفي ويستحيا من إظهاره ويحتمل استحبابه للنساء فيما بينهن خاصة، قال: واطلقوا استحباب الوليمة للقدوم من السفر، والظاهر أن محله في السفر الطويل لقضاء العرف به، أما من غاب يوماً أو أياماً يسيرة إلى بعض النواحي القريب فكالحاضر.

الرُّويَانِيُّ وغيره، وربما سَكَتُوا عن ذِكْرِ غيره، ووجهه ما روي عن ابن عُمر: - رضي الله عنه - أن النبي - ﷺ - قال: «مَنْ دُعِيَ إِلَى وَلِيمَةٍ فَلْيَأْتِهَا»(١) ويروى: «مَنْ دُعِيَ وَلَمْ يُجِبْ فَقَدْ عَصَى اللَّهَ وَرَسُولَهُ»(٢).

والثاني: أنها مُسْتَحَبَّةٌ، ويروى هذا عن مَالِكٍ وأحمد، لأن الضِّيَافَةَ للأكل، وهو إما تَمَلُّكٌ لمال الغير، أو إتلاف لماله بإذنه، وعلى التقديرين، فالمَصِيرُ إلى إيجَابِهِ بعيد، فلتحمل الأحاديث على الاسْتِحْبَابِ، وتأكيد أمر الإِجَابَةِ، وفي إجابة سائر الوَلاَئِمِ طريقان:

أحدهما: طَرْدُ القولين، وبه قال الشيخ أبو حَامِدٍ.

والثاني: القَطْعُ بعدم الوُجُوبِ.

والأظهر فيها عدم الوجوب، وإن ثبت الخِلاَفُ، وإذا قلنا بوجوب الإِجَابَةِ، فهي فَرْضُ عَيْنٍ، أو على الكِفَايَةِ؟ فيه وجهان:

أحدهما: فَرْضُ عَيْنٍ؛ لما سبق من الخَبَرِ قال في «الشامل»: وهذا ظاهر المذهب.

والثاني: فرض كفاية، لأن المَقْصُودَ أن يَظْهَرَ الحَالُ، ويشتهر، وذلك حَاصِلٌ بحضور البَعْضِ، ثم إنما تَجِبُ الإِجَابَةُ، أو تستحب بشروط منها أن يَعُمَّ صَاحِبُ الدَّعْوَةِ الدَّعْوَةَ بأن يَدْعُوَ جميع عَشِيرَتِهِ، أو جيرانه أو أهل حِرْفَتِهِ أَغْنِيَائِهِمْ وفُقَرَائِهِمْ، دون ما إذا خَصَّصَ الأَغْنِيَاءَ الإحضار روي أنه - ﷺ - قال: «شَرُّ الوَلاَئِمِ وَلِيمَةُ العُرْسِ يُدْعَى لَهَا الأَغْنِيَاءُ وَيُتْرَكُ الفُقَرَاءُ»(٣).

ومنها: أن يَخُصَّهُ بالدعوة بِنَفْسِهِ، أو بأن يَبْعَثَ إليه غيره، وأما إذا فتح باب الدَّارِ،

---

(١) متفق عليه من حديث مالك عن نافع عنه بلفظ: إذا دعي أحدكم، ولمسلم عن جابر مرفوعاً: إذا دعي أحدكم إلى طعام فليجب، فإن شاء طعم، وإن شاء ترك.

(٢) أخرجه البخاري [٥١٧٣ - ٥١٧٩، مسلم ١٤٢٩] حديث أبي هريرة بلفظ: من لم يأته الدعوة فقد عصى الله ورسوله، وله ألفاظ عندهما، ولأبي داود من حديث ابن عمر باللفظ الذي ذكره المصنف في صدر حديث، وأخرجه أبو يعلى بإسناد صحيح، جامعاً بين اللفظين اللذين ذكرهما المصنف، فإنه قال: نا زهير نا يونس بن محمد نا عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر، عن النبي ﷺ قال: إذا دعي أحدكم إلى وليمة فليجبها، ومن لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله رواه مسلم [١٤٣٢] والبخاري [٥١٧٧].

(٣) أخرجه البخاري ومسلم عن أبي هريرة بلفظ: شر الطعام طعام الوليمة، يدعى إليها الأغنياء ويترك الفقراء، وهو بعض الحديث الذي قبله، وصدره موقوف، وفي رواية لمسلم التصريح برفع جميعه، وتعقبها الدارقطني في العلل، وفي الباب عن ابن عمر عند أبي الشيخ، وعن ابن عباس عند البزار، وقال الحافظ في التلخيص: ولم أره بلفظ: شر الولائم.

ونَادَى ليحضر من يُرِيدُ، أو بعث رَسُولاً ليحضر من شَاءَ أو دَعَا إِنْسَاناً، وقال له: احضر معك من شِئْتَ، فقال لغيره: احضر، فَلاَ تجب الإِجَابَةُ، ولا تُسْتَحَبُّ؛ لأن الامْتِنَاعَ والحالة هذه لا يُورِثُ التَّأَذِّي والوحشة ومنها ألا يكون إِحْضَارُهُ لِخَوْفٍ منه، أو لِطَمَعٍ في جَاهِهِ أو ليعاونه على بَاطِلٍ، بل يكون لِلتَّقَرُّبِ، ولِلتَّوَدُّدِ.

ومنها: أن يدعوه مُسْلِمٌ، وإن دعاه ذِمِّيٌّ، فوجهان:

أحدهما: أنه كما لو دعاه مُسْلِمٌ لإِطلاق الأَخْبَارِ.

وأصحهما: على ما ذكر المُحَامِلِيُّ أنه لا يجب، ولا يكون الاسْتِحْبَابُ في إِجَابَةِ دَعْوَتِهِ، كالاستحباب في إجابة دَعْوَةِ المسلم، لأنه قد يَرْغَبُ عن طعامه لِنَجَاسَتِهِ، وتَصَرُّفَاتِهِ الفاسدة، وتُكْرَهُ مُخَالَطَةُ الذمي ومُوَدَّاتِهِ[1].

منها: أن يدعي في اليوم الأَوَّلِ، أما إذا أَوْلَمَ ثلاثة أيام، فَالإِجَابَةُ في اليوم الثاني لا تَجِبُ، بلا خِلاَفٍ، ولا يكون اسْتِحْبَابُهَا كالاسْتِحْبَابِ في اليوم الأول، إذا اقْتَصَرْنَا فيه على الاسْتِحْبَابِ، وفي اليوم الثالث يُكْرَهُ.

روي أنه ـ ﷺ ـ قال: «الوَلِيمَةُ فِي اليَوْمِ الأَوَّلِ حَقٌّ، وَفِي الثَّانِي مَعْرُوفٌ، وفي الثَّالِثِ رِيَاءٌ وَسُمْعَةٌ». ولو اعْتَذَرَ المَدْعُوُّ إِلَى صَاحِبِ الدَّعْوَةِ فَرَضِيَ بِتَخَلُّفِهِ زال الوُجُوبُ، وارتفعت كَرَاهِيَةُ التَّخَلُّفِ.

ولو دَعَاهُ اثنان فَصَاعِداً، أجاب الأَسْبَقَ، فإذا جاءا مَعاً، أجاب الأَقْرَبَ رَحِماً، ثم الأقرب دَاراً، كما في الصَّدَقَةِ[2]، وقد روي أنه ـ ﷺ ـ قال: «إذا اجتمع دَاعِيَانِ، فأجب أَقْرَبَهُمَا إليك بَاباً، فَإِنَّ أَقْرَبَهُمَا إليك بَاباً أَقْرَبُهُمَا لَكِ جِوَاراً، فإن سبق أَحَدُهُمَا فأجب الذي سَبَقَ». وأقل الوَلِيمَةِ ما ذَكَرَ ابْنُ الصَّبَّاغِ وغيره للمتمكن شَاةٌ وبه يشعر قوله ـ ﷺ ـ لعبد الرحمن بن عَوْفٍ ـ رضي الله عنه: «أَوْلِمْ وَلَوْ بِشَاةٍ» وإن لم يتمكَّنْ اقْتَصَرَ على ما يَقْدِرُ عليه، كما أَوْلَمَ ﷺ ـ على صَفِيَّةَ بِسَوِيقٍ وتَمْرٍ، وكان في السَّفَرِ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **ثُمَّ إِنَّمَا يَجِبُ أَوْ يُسْتَحَبُّ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي الدَّعْوَةِ مُنْكَرٌ، وَلاَ عَلَى حِيطَانِ الدَّارِ صُورَةٌ وَلاَ فُرُشُ حَرِيرٍ، وَلاَ فِي الجَمْعِ مَنْ يُتَأَذَّى بِحُضُورِهِ، وَلاَ بَأْسَ بِصُوَرِ الأَشْجَارِ وَلاَ بِصُوَرِ الحَيَوَانِ إِذَا كَانَ عَلَى الفُرُشِ، فَأَمَّا عَلَى الثَّوْبِ المَلْبُوسِ وَالسِّتْرِ وَالوِسَادَةِ الكَبِيرَةِ المَنْصُوبَةِ فَلاَ يَجُوزُ، وَدُخُولُ مِثْلِ هَذَا البَيْتِ حَرَامٌ، وَقِيلَ: مَكْرُوهٌ، وَصَنْعَةُ التَّصْوِيرِ حَرَامٌ إِلاَّ فِي ثِيَابِ الفُرُشِ فَفِيهِ خِلاَفٌ.**

---

(١) جزم الشيخ في باب الجزية بالحرمة قال في الخادم وهو الصواب.

(٢) ثم بالقرعة.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: من الشروط: ألا يَكُونُ هناك من يُتَأَذَّى بحضوره، ولا يَلِيقُ به مُجَالَسَتُهُ، فإن كان، فَيُعْذَرُ في التَّخَلُّفِ، وأشار في «الوسيط» إلى وجه آخر فيه.

ومنها: ألا يكون هناك مُنْكَرٌ كَشُرْبِ الخَمْرِ والمَلاَهِي، فإن كان، نظر إن كان الشَّخْصُ ممن إذا حَضَرَ رَفَعَ المُنْكَرَ، فليحضر إجَابَةً للدعوة، وإزَالَةً لِلْمُنْكَرِ، وإلا فوجهان:

أحدهما: أن الأَوْلَى ألا يَحْضُرَ، ويجوز أن يَحْضُرَ ولا يَسْتَمِعَ، ويُنْكِرَ بقلبه، كم لو كان [يُصَوِّتُ[1]] بالمنكر في جِوَارِهِ، فلا يَلْزَمُهُ التَّحَوُّلُ، وإن كان يَبْلُغُهُ الصَّوْتُ، وعلى هذا جرى العراقيون من الأصحاب.

وأصحهما: أنه لا يجوز له الحُضُورُ، وإلى ترجيحه ذَهَبَ القاضيان ابْنُ كَجٍّ، والروياني؛ لأنه الرِّضا بالمنكر، والتَّقْرِير[2] عليه، ويروى أنه ـ ﷺ ـ قال: «مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ، فَلاَ يَقْعُدَنَّ عَلَى مَائِدَةٍ يُدَارُ عَلَيْهَا الخَمْرُ».

وإن لم يعلم حتى حَضَرَ فنهَاهم، فإن لم يَنْتَهُوا، فليخرج، في جَوَازِ العُقُودِ وجهان[3]، فإن لم يُمْكِنْهُ الخُرُوجُ، كما إذا كان باللَّيْل، وفي الخروج خَوْفٌ، فيقعد كَارِهاً، ولا يسمع، وإذا كانوا يَشْرَبُونَ النَّبِيذَ المُخْتَلَفِ في حِلِّهِ، فلا ينكر.

قال القاضي ابْنُ كَجٍّ: «لأنه في مَوْضِعِ الاجْتِهَادِ[4] والأولى أن يكون الحضور ممن يعتقدُ التحريم، كما في المنكر المُجْمَعِ على تَحْرِيمِهِ، وقيل بخلافه.

ومن المنكرات فُرُشُ الحرير[5] وَصُوَرُ الحيوانات على السُّقُوفِ، والجُدْرَانِ،

---

(١) في ب: يضرب.

(٢) قال النووي: الوجه الأول غلط، ولا يثبت عن كل العراقيين، وإنما قاله بعضهم وهو خطأ، ولا يغتر بجلالة صاحب «التنبيه» ونحوه ممن ذكره.

(٣) قال النووي: أصحهما التحريم.

(٤) قال الأذرعي في القوت: قال السبكي مجالة الفاسق على فسقه حرام، وإذا كانوا يشربون النبيذ المختلف في إباحته، قال ابن كج والرافعي والنووي: لم ينكر لأنه مجتهد، والصواب عندي أنه ينكر لضعف دليله، ويدل عليه قول الشافعي إنه يحد شاربه، وما هو إلا لضعف مدركه، وأي إنكار أعظم من الحد.
قال الأذرعي: واعلم أن عبارة الرافعي وإن كانوا يشربون النبيذ المختلف في حله، قال فلا ينكر، قال ابن كج لأنه موضع اجتهاد والأولى أن يكون الحضور في حق من يعتقد التحريم في المسكر المجمع على تحريمه، وقيل: بخلافه ففرض الكلام في الحضور.
والظاهر ما قاله الشيخ السبكي خصوصاً في هذا الزمن ولو رأى الشيخان أهل هذا العصر لم يتردد في الإنكار.

(٥) قال الأذرعي: أي في دعوة اتخذت الرجال، وأما دعوة النساء خاصة فينبني على افتراشهن

والثياب المَلْبُوسَةِ، والسُّتُورُ المُعَلَّقَةُ، والوَسَائِدُ الكَبِيرَةُ المَنْصُوبَةُ، ولا بَأْسَ بها على الأرض، والبُسَاطُ الذي يُدَاسُ، والمخادّ الذي يُتَّكأُ عليها، وليكن في معناها الطَّبَقُ والخُوَانُ والقَصْعَةُ روي عن عائشة رضي الله عنها «أن النبي - ﷺ قَدِمَ من سَفَرٍ وقد سترت على صفة لها سِتْراً في الخَيْلِ ذَوَاتِ الأَجْنِحَةِ، فأمر بِنَزْعِهَا» وفي رواية «فَقَطَعْنَا منها وِسَادَةً أو وِسَادَتَيْنِ، وكان رسول الله - ﷺ - يَرْتَفِقُ بهما»[1].

وعن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن جِبْرِيلَ جاء إلى رسول الله - ﷺ - فَعَرَفَ صَوْتَهُ، وهو خارج، فقال: ادْخُلْ، فقال: إِنَّ فِي البَيْتِ سِتْراً فيه تَمَاثِيلُ، فَاقْطَعُوا رُؤُوسَهَا، واجْعَلُوهُ بُسُطاً أو وَسَائِدَ»[2].

وفيما علق عن الإمام الإِشَارَةُ إلى وَجْهِ تَخْصِيصِ المَنْعِ بالسُّقُوفِ والجُدْرَانِ، وترخص فيما على الستور والوَسَائِدِ المنصوبة، والظاهر الأول، والمعنى الفَارِقُ أن ما يُوطَأُ ويُطْرَحُ مُهَانٌ مبتذل، والمَنْصُوبُ منها يُشْبِهُ الأَصْنَامَ، ولا بَأْسَ بِصُوَرِ الأشجار والشمس والقمر.

روي عن ابن عَبَّاسٍ - رضي الله عنه - أنه لما روي أن النبي - ﷺ - قال: «مَنْ

= الحرير، فإن منعناه فلا فرق وإن جوزناه وهو الأصح فلا ينكر وافتراش جلود النمور الباقي وتركها وستر الجدر بالحرير حرام على النوعين فيكون وجود ذلك عذراً. انتهى.

قال في الخادم: ذكروا في باب اللباس أنه لو بسط على فراش حرير شيئاً وجلس عليه جاز ويصير الحرير كالحشو، وحينئذٍ فإذا أمكن ذلك فقد يقال: لا يكون وجود الفراش عذراً في الامتناع.

(١) صفية أما اللفظ الأول: فأخرجه البخاري [٢١٠٥ - ٣٢٢٤ - ٥١٨١ - ٥٩٥٧ - ٥٩٦١ - ٧٥٥٧] بلفظ: وقد سترت على بابي درنوكاً، وأما الثاني: فهو متفق عليه بألفاظ، منها: قدم من سفر وقد سترت بسهوة لي بقرام فيه تماثيل، فلما رآه هتكه وتلون وجهه، وقال: يا عائشة أشد الناس عذاباً يوم القيامة الذين يضاهون بخلق الله، قالت عائشة: فقطعناه فجعلنا منه وسادة أو وسادتين، قال الحافظ في التلخيص: - [٢١٠٧] خرج رسول الله ﷺ في غزاة، فأخذت نمطاً فسترته على الباب، فلما قدم رسول الله ﷺ رأى ذلك النمط، فرأيت الكراهية في وجهه، فجذبه حتى هتكه أو فقطعه، وقال: إن الله لم يأمرنا أن نكسو الحجارة والطين، قالت: فقطعنا منه وسادتين، وحشوهما ليفاً، فلم يعب ذلك علي، وفي لفظ: فأخذتها فجعلها مرفقتين، فكان يرتفق عليهما في البيت قال الحافظ في التلخيص وفي رواية للبخاري: فكانتا في البيت يجلس عليهما.

(٢) متفق عليه من حديث سعيد بن أبي الحسن قال: جاء رجل إلى ابن عباس فقال: إني رجل أصور هذه الصور، فأفتني فيها، فقال: أدن مني، فدنا حتى وضع يده على رأسه، فقال: أنبئك بما سمعت من رسول الله ﷺ يقول: كل مصور في النار، يجعل له بكل صورة صورها نفس، فيعذبه في جهنم، فإن كنت لا بدّ فاعلاً، فأصنع الشجر وما لا نفس له، ورواه مسلم [٢١١٠] من حديث النضر بن أنس عن ابن عباس نحوه.

صَوَّرَ صُورَةً عُذِّبَ وَكُلِّفَ أَنْ يَنْفُخَ الرُّوحَ فِيهَا وَلَيْسَ بِنَافِخٍ وأتاه رَجُلٌ مُصَوِّرٌ، فقال: ما أعرف صَنْعَةً غيرها، قال ابن عباس ـ رضي الله عنه ـ: «إن لم يَكُنْ لك بُدٌّ، فَصَوِّرِ الأشجار وما لأنفس له»[1] وفي «شَرْحِ الجُوَيْنِيِّ» وجه أن صُوَرَ الأَشْجَارِ مَكْرُوهَةٌ، لأن منهم من كان يَعْبُدُ الأَشْجَارَ أيضاً، وإذا كانت صُوَرُ الحيوانات مَقْطُوعَةَ الرؤوس فلا بَأْسَ على الظَّاهِرِ، وسَوَّى في «التتمة» بين أن يكون لها رؤوس، وبين ألاَّ يكون.

ودخول البَيْتِ الذي فيه الصُّوَرُ المَمْنُوعُ منها حَرَامٌ، أو مكروه؟ فيه وجهان:

أحدهما: التحريم، وبه كان يجيب الشَّيْخُ أبو محمد، ونَظْمُ الكتاب يَقْتَضِي تَرْجِيحَهُ، وَرَجَّحَ الإِمَامُ الكَرَاهِيَةَ، وتابعه صاحب الكتاب في «الوسيط»، ويحكى ذلك عن صاحب «التقريب» والصَّيْدَلاَنِيِّ.

ولو كانت الصُّوَرُ في المَمَرِّ، دون موضع الجُلُوسِ، فلا بَأْسَ في الدخول والجُلُوس، ولا يترك إِجَابَةَ الدَّعْوَةِ بهذا السبب، وكذلك لا بَأْسَ بِدُخُولِ الحَمَّام الذي على بابه تَصَاوِيرُ. هكذا ذَكَرُوهُ، ويمكن أن يكون [السبب فيه أن الصُّوَرَ في الممر مَهَانَةٌ، وفي المجلس مَكْرُمَةٌ، وفَرَّقَ بينهما، كما فرق بين أن تكون] على الأرض، أو على الجِدَارِ وهذا يَجُرّ إلى تَجْوِيزِ التَّصْوِيرِ في المَمَرِّ.

ويحرم على المُصَوِّرِ التَّصْوِيرُ على الحِيطَانِ، والسقوف، ولا يستحق بها أُجْرَةً. وفي نسج الثِّيَابِ الصورة وجهان:

أحدهما: للتَّجْوِيزُ، وإليه ذهب الشَّيْخُ أبو محمد؛ لأنها قد لا تلبس.

والثاني: المَنْعُ، ورَجَّحَهُ الإمام، وصاحب الكتاب في «الوسيط» تَمَسُّكاً بما ورد في الخَبَرِ من «لعن المُصَوِّرِينَ»[2]، وطرد في «التتمة» الوجهين في التَّصْوِيرِ على الأرْضِ، ونحوها وكأن من ذَهَبَ إلى المَنْعِ قال: ليس له أن يُصَوِّرَ، لكن إن اتَّفَقَ يُسَامَحُ، ولا يُبْطَلُ ما صَوَّرَهُ.

وقوله في الكتاب: «إلا في ثياب الفُرُشِ» يُشْبِهُ أن يريد به الثِّيَابَ الصَّالِحَةَ للفُرُشِ، وأما ما لا يَصْلُحُ إلا للُّبْسِ، فاتِّخَاذُهُ كاتِّخَاذِ آلاَتِ المَلاَهِي.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَلاَ يَتْرُكُ إِجَابَةَ الدَّعْوَةِ بِعُذْرِ الصَّوْمِ بَلْ يَحْضُرُ وَيُمْسِكُ فِي الفَرْضِ وَيُفْطِرُ فِي النَّفْلِ إِنْ كَانَ يَشُقُّ عَلَى الدَّاعِي إِمْسَاكُهُ، وَإِذَا دُعِيَ جَمْعٌ سَقَطَ الفَرْضُ بِإِجَابَةِ بَعْضِهِمْ.

---

(١) سقط في: أ.

(٢) أخرجه البخاري من حديث أبي حنيفة.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الصَّوْمُ ليس بِعُذْرٍ في ترك إِجَابَةِ الدَّعْوَةِ؛ روي أنه ـ ﷺ ـ قال: «إِذَا دُعِيَ أَحَدُكُمْ إِلَى طَعَامٍ فَلْيُجِبْ، فَإِنْ كَانَ مُفْطِراً فَلْيُطْعَمْ، وَإِنْ كَانَ صَائِماً فَلْيَصِلْ»[١] أي: فليدع، وإذا كان صَائِماً، فالصَّوْمُ إما فَرْضٌ أو نَفْلٌ، إن كان فَرْضاً، وكان الوقت مُضَيَّقاً، فلا يجوز أن يُفْطِرَ، وإن لم يكن كالنَّذْرِ المطلق، وقضاء رَمَضَانَ، فهو كالمُضَيّق وَقْته، إن لم نجوز الخروج منه، وإن جَوَّزْنَاهُ فقد قيل: هو كَصَوْمِ النَّفْلِ.

وعن القاضي الحسين: أنه يُكْرَهُ الخُرُوجُ منه؛ لأن ذِمَّتَهُ مَشْغُولَةٌ، وقد يعوق عَائِقٌ عن التدارك، وإن كان صَوْمُهُ نَفْلاً، فإن لم يَشقَّ على صاحب الدَّعْوَةِ وإِمْسَاكُهُ، فالأَوْلَى أن يتم الصَّوْمَ، وإن شَقَّ عليه، فالأَوْلَى أن يُفْطِرَ رُوِيَ أنه ـ ﷺ ـ حَضَرَ دَارَ بَعْضِهِمْ، فلما قدم الطعام، أَمْسَكَ بَعْضُ القَوْمِ، وقال: إني صَائِمٌ فقال النبي ﷺ: «يَتَكَلَّفُ لَكَ أَخُوكَ المُسْلِمُ، وَتَقُولُ: إِنِّي صَائِمٌ أَفْطِرْ ثُمَّ أَقْضِ يَوْماً مَكَانَهُ»[٢].

وأما المُفْطِرُ، فينبغي إذا حَضَرَ أن يَأْكُلَ، وفيه وجهان:

أحدهما: أنه واجب، وأقله لُقْمَةٌ؛ لأن المَقْصُودَ من الدعوة التَّنَاوُلُ، ولأن تركه الأكل يورث الوَحْشَةَ.

وأصحهما: أنه مُسْتَحَبٌّ لا واجب، روي أنه ـ ﷺ ـ قال: «إِذَا دُعِيَ أَحَدُكُمْ فَلْيُجِبْ، فَإِنْ شَاءَ طَعِمَ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ» ولفظ صاحب «التتمة» يقتضي تَعْمِيمَ هذين الوَجْهَيْنِ في جميع الصيامات، إذا حضر وأما قوله في الكتاب: «وإذا دعي جمع سقط الفَرْض بإجابة بعضهم» إن كان المُرَادُ منه ما إذا بعث لإِحْضَارِ جَمْعٍ من غير تَعْيينٍ، فقد ذكرنا أنه لا افْتِرَاضَ هناك، فكيف نقول: يَسْقُطُ الفَرْضُ، وإن كان المراد ما إذا دَعَى جَمَاعَةً بأعيانهم، فالذي ذكره مُفَرَّعٌ على القَوْلِ بافْتِرَاضِ الإِجَابَةِ، ثم هو جَوَابٌ على أحد الوجهين، وهو أنها فَرْضٌ على الكِفَايَةِ، وقد مال إلى ترجيحه الحناطيُّ.

«فَرْعَانِ»

أحدهما: إذا دعاه مَنْ أَكْثَرُ مَالِهِ حَرَامٌ، كَرِهْتُ إِجَابَتَهُ، كما تُكْرَهُ المُعَامَلَةُ معه، وإن علم أن عَيْنَ الطعام حَرَامٌ، لم يَخْفَ الحُكْمُ.

---

(١) رواه مسلم [١٤٣١] من حديث أبي هريرة، وفي رواية له: وإن كان صائماً دعا بالبركة.

(٢) وأقله لقمة وأصحهما أنه مستحب صحح النووي في شرح مسلم الوجوب، واختاره في تصحيح التنبيه.

قال في الخادم: وهو أقوى لكن لم أجد من وافقه على الصحة.

والثاني: المَرْأَةُ إذا دَعَتِ النِّسَاءَ، فالحكم كما ذكرنا في الرِّجَالِ، وإن دعت رجالاً أو رَجُلاً، فتجاب إذا لم يَلْزَمْ خَلْوَةٌ مُحَرَّمَةٌ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَلاَ يُفْتَقَرُ بَعْدَ تَقْدِيمِ الطَّعَامِ إِلَى لَفْظِ الإِبَاحَةِ بَلْ يَكْفِي قَرِينَةُ الحَالِ، ثُمَّ يَأْكُلُ الضَّيْفُ مِلْكَ المُضِيفِ (و) بِالإِبَاحَةِ، وَلَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ الأَكْلِ، وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنَ المَطْعُومِ مَا يَعْلَمُ أَنَّ المَالِكَ يَرْضَى بِهِ قَطْعاً.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه مسائل:

إحداها: لِلضَّيْفِ أن يَأْكُلَ إذا قُدِّمَ إليه الطَّعَامُ، من غير أن يَأْذَنَ صَاحِبُ الطعام لَفظاً، إلا إذا كان يَنْتَظِرُ حُضُورَ غيره، فلا يأكل إلى أن يَحْضُرَ، أو يَأْذَنَ المُضِيفُ لَفْظاً.

وفي «الوسيط» وَجْهٌ أنه لاَ بُدَّ من لفظ، والظاهر الاكْتِفَاءُ بقرينة التَّقْدِيمِ، والقرينة أثَرٌ ظَاهِرٌ في مثل هذا الباب.

وكذلك يجوز الشُّرْبُ من الحَبَابِ التي تُوضَعُ في الطُّرُقِ، وكان السَّلَفُ يَأْكُلُونَ من طعام إِخْوَانِهِمْ عند الانْبِسَاطِ، وهم غُيَّبٌ.

وفي «التتمة» أن تَقْدِيمَ الطعام إنما يكفي إذا كان قد دَعَاهُ إلى بَيْتِهِ أما إذا لم تسبق الدعوة، فلا بدّ من الإِذْنِ لَفظاً إلا إذا جعلنا المُعَاطَاةَ بَيْعاً، وقَرِينَةُ التَّقْدِيم لا تختلف بين أن تَسْبِقَ الدعوة أو لا تسبق[1].

الثانية: هل يَمْلِكُ الضَّيْفُ ما يَأْكُلُهُ؟.

قال القَفَّالُ: لا، بل إِتْلافٌ بِإِبَاحَةِ المَالِكِ، وللمالك أن يَرْجِعَ ما لم يَأْكُلْ.

وقال أكثرهم: نعم، وبم يَمْلِكُ؟ فيه وجوه.

قيل: بالوَضْعِ بين يديه.

وقيل بالأَخْذِ.

وقيل بِوَضْعِهِ في الفَمِ وقيل بالازْدِرَادِ نَتَبَيَّنُ حُصُولَ المِلْكِ قبيلة، وزَيَّفَ المُتَوَلِّي ما سِوَى الوجه الأخير، وذلك يقتضي تَرْجِيحَهُ، وعلى الوجوه ينبني التمكين من الرجوع.

---

(١) قال النووي في زوائده: الصحيح بتقديم الطعام أنه يجوز الأكل بلا لفظ، سواء دعاه أم لا، بشرط أن لا يكون منتظراً غيره كما سبق. وأما الأكل من بيت الصديق وبستانه ونحوها في حال غيبته، فجائز بشرط أن يعلم من حاله أنه لا يكره ذلك منه. والله أعلم.
قال في الخادم: ما ذكره من اشتراط العلم خالفه في باب الأطعمة فقال: من زوائده أيضاً إن غلب على ظنه أنه لا يكره ذلك أي فيجوز وإن تشكل فحرام والمذكور هنا هو الصواب.

الثالثة: ليس لِلضَّيْفِ التَّصَرُّفُ في الطَّعَامِ، بما سوى الأَكْلِ، ولا يجوز أن يَأْخُذَ منه مع نَفْسِهِ شَيْئاً، واستثنى ما إذا نَقَلَ ما يعلم رِضَا المَالِكِ به، ويختلف ذلك بِقَدْرِ المَأْخُوذِ وجنسه، وبحال المُضِيفِ، والدعوة، فإن تَرَدَّدَ في أنه هل يَقَعُ في مَحَلِّ المُسَامَحَةِ، فقد أَنْشَأُوا فيه الوجهين، والظاهر التَّحْرِيمُ، وليس للضيف أن يُطْعِمَ السَّائِلَ، ولا أن يُلْقِيَ اللُّقْمَة إلى الهِرَّةِ، ويجوز أن يُلْقِمَ الأضياف بَعْضَهُمْ بَعْضاً، إلا إذا فَاوَتَ بينهم في الطعام، وليس للذين خصّصُوا بنوع أن يُطْعِمُوا منه غيرهم، ويكره للمضيف أن يفعل ذلك[1].

ولا يجوز التَّطَفُّلُ، واستثنى المتولي وغيره، وقالوا: إذا كان في الدَّارِ ضِيَافَةٌ، جاز لمن بينه وبين صاحب الدَّارِ انْبِسَاطٌ أن يدخل، ويَأْكُلَ إذا علم أنه لا يشقُّ عليه، وهذا قَرِيبٌ مما سَبَقَ في[2] وقد عرفت بهذه المَسَائِلِ أن الخِلاَفَ في أنه بم يَمْلِكُ؟ مخصوص بما يَأْكُلُهُ، ولا نقول بأنه يَمْلِكُ ما يوضع بين يديه، أو ما يَأْخُذُهُ بحال، ولو قيل به لما منع من النَّقْلِ، ومن إِطْعَامِ السَّائِلِ وسائر التَّصَرُّفَاتِ، وهي ممتنعة بالاتِّفَاقِ.

ومن آدَابِ الأَكْلِ أن يقول في الابْتِدَاءِ: بسم الله، فإن نَسِيَ، فإذا تذكّر قال: بسم الله أَوَّلَهُ وَآخِرَهُ، وأن يَغْسِلَ يَدَيْهِ قبل الأَكْلِ وبعده، وأن يأكل بالأَصَابعِ الثّلاَثِ، وأن يَدْعُوَ لصاحب البَيْتِ، إذا أَكَلَ في ضِيَافَةٍ، روي أن النبي ـ ﷺ ـ طَعِمَ عند سَعْد بن عُبَادَة، فلما فَرَغَ قال: «أَكَلَ طَعَامَكُمْ الأَبْرَارُ، وَصَلَّتْ عَلَيْكُمُ المَلاَئِكَةُ وَأَفْطَرَ عِنْدَكُمُ الصَّائِمُونَ»[3].

ويكره أن يَأْكُلَ الإِنْسَانُ مُتَّكِئاً، وأن يأكل مما يلي أَكِيلَهُ، وأن يأكل من وسط القَصْعَةِ، وأعلى الثَّرِيدِ ونحوه، ولا بَأْسَ بذلك في الفواكه وأن يغيب الطعام وأن يَقْرِنَ بين التَّمْرَتَيْنِ، وما في معناهما[4]، وأن يأكل بِشِمَالِهِ، وأن يَتَنَفَّسَ في الإِنَاءِ، أو يَنْفُخَ

---

(١) صرح الماوردي وغيره بتحريم الزيادة على الشيخ وإنه لو زاد لم يضمن قال الأذرعي، وفيه وقفة. قال ابن عبد السلام: ولو كان الضيف يأكل كعشرة مثلاً ومضيفه جاهل بحاله لم يجز له أن يأكل فوق ما يقتضيه العرف في المقدار.
قال: ولو كان الطعام قليلاً فأكل لقماً كباراً مسرعاً حتى يأكل أكثر الطعام ويحرم أصحابه لم يجز له ذلك.

(٢) بياض في الأصل.

(٣) أخرجه أحمد من طريق عبد الرازق (في المسند ٣/ ١٣٨). والبيهقي في (السنن الكبرى ٧/ ٢٨٧ كتاب الصداق) باب: الدعاء لرب الطعام.

(٤) أي يكره ذلك. قال النووي في شرح مسلم: الصواب التفصيل فإن كان الطعام مشتركاً بينهم فالقران حرام إلا برضاهم ويحصل الرضى بالتصريح به أو ما يقوم مقامه من قرينة حال أو دلالة عليه بحيث يعلم يقيناً أو ظناً قوياً أنهم يرضون به، ومتى شك في رضاهم فحرام. وإن الطعام =

فيه، ولا يكره الشُّرْبُ قَائِماً، وحمل ما وَرَدَ من النَّصّ على حَالَةِ السَّيْرِ[١].

= لغيرهم أو لأحدهم اشترط رضاه فإن قرن بغير رضاه فحرام إلى آخر ما ذكره.
قال في الخادم: ويحصل الجواز في ثلاث صور:
إحداها: إذا قرن الآكلون.
ثانيها: إذا سامحوه بذلك.
ثالثها: إذا كان القارن هو المالك فله ذلك.

(١) قال النووي: هذا الذي قاله من تأويل النهي على حالة السير، قد قاله ابن قتيبة والمتولي، وقد تأوله آخرون بخلاف هذا. والمختار أن الشرب قائماً بلا عذر خلاف الأولى، للأحاديث الصريحة بالنهي عنه في «صحيح مسلم».
وأما الحديثان الصحيحان عن علي وابن عباس. رضي الله عنهما أن النبي ﷺ شرب قائماً، فمحمولان على بيان الجواز جمعاً بين الأحاديث. وقد اعترض على أحاديث النهي بأشياء باطلة، أوضحت جوابها في شرح «صحيح مسلم». ويكره الشرب من فم القربة. ومن آداب الأكل: حمد الله تعالى في آخره. وكذلك في آخر الشرب فيقول: «الحمد لله حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه غير مكفي ولا مكفور ولا مودَّع، ولا مستغنى عنه ربنا». ثبت ذلك في «صحيح البخاري» عن النبي ﷺ أنه كان يقوله، وقد جاءت في هذا أذكار كثيرة في الصحيح وغيره، وقد جمعت مقاصدها في كتاب «أذكار الطعام» من كتاب «الأذكار»، وشرحت فيه هذه الألفاظ أحسن شرح وأوجزه، مع جمل مما يتعلق بالأطعمة. وقوله: ربنا، يجوز بالرفع على الابتداء، وبالنصب على الاختصاص أو النداء، وبالجر على البدل من قوله: الحمد لله. وإذا أكل جماعة، فمن الأدب أن يتحدثوا على طعامهم بما لا إثم فيه، ويكره أن يتمخط ويبصق في حال أكلهم إلا لضرورة، ويكره أن يقرب فمه من القصعة بحيث يرجع من فمه إليها شيء. ويستحب أن يلعق القصعة، وأن يلعق أصابعه، وأن يأكل اللقمة الساقطة ما لم تتنجس ويتعذر تطهيرها، للأحاديث الصحيحة في ذلك. والأولى أن لا يأكل الشخص وحده، وأن لا يرتفع عن مؤاكلة الغلام والصبيان والزوجة، وأن لا يتميز على جلسائه بنوع إلا لحاجة، كدواء، ونحوه، وأن يمد الأكل مع رفقته ما دام يظن لهم حاجة إلى الأكل، وأن يؤثرهم بفاخر الطعام، كقطعة لحم وخبز لين، أو طيب ونحو ذلك، وقد سبق استحباب التسمية في أول الطعام، وهي مستحبة لكل آكل، حتى الحائض والنفساء. وينبغي أن يجهر بها جهراً يسمعه رفقته سماعاً محققاً، ليقتدي به فيها، وليتنبه غيره لها ويستحب لكل واحد من الجماعة، أن يسمي. فإن سمى واحد من الجمع، أجزأ عن الباقين، نص عليه الشافعي رضي الله عنه، وقد ذكرته في «كتاب الأفكار» وفي «طبقات الفقهاء» في ترجمة الشافعي، وهو شبيه برد السلام، وتشميت العاطس، فإنه يكفي قول أحد الجماعة. ومن ترك التسمية عامداً أو مكرهاً، أو لعارض آخر، ثم تمكن في أثناء أكله، سمى، كما لو نسيها، وسبق مثله في الوضوء، والتسمية في المشروب كالمأكول. ولا بأس بقوله: لا أشتهي هذا الطعام، أو ما اعتدت أكله، لحديث الضب. ويستحب لمن حضر وهو صائم ولم يأكل، أن يدعو لأهل الطعام، ويستحب الترحيب بالضيف وحمد الله تعالى على حصوله ضيفاً عنده، وسروره به، وثناؤه عليه لجعله أهلاً لتضييفه. ففي «الصحيحين»، أن رسول الله ﷺ قال: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر، فليكرم ضيفه».

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَيَجُوزُ نَثْرُ السُّكَّرِ وَٱلْتِقَاطُهُ فُعِلَ ذَٰلِكَ بَيْنَ يَدَيْ رَسُولِ اللَّهِ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ، ثُمَّ هُوَ كَالصَّيْدِ مَنْ يُثْبِتُ عَلَيْهِ يَدَهُ لَمْ يُسْلَبْ مِنْهُ، وَمَنْ وَقَعَ فِي ذَيْلِهِ وَقَدْ بَسَطَهُ لِذَٰلِكَ يُؤْخَذ مِنْهُ، فَإِنْ سَقَطَ كَمَا وَقَعَ فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ لَمْ يَبْسُطْهُ لِذَٰلِكَ أُخِذَ مِنْهُ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يجوز نَثْرُ السُّكَّرِ والجَوْزِ، وَاللَّوْزِ، والتَّمْرِ، ونحوها في الإِمْلاَكَاتِ، وهل يُكْرَهُ؟ فيه وجهان:

أحدهما: ويُحْكَى عن مالك نعم؛ لأنه يُؤْخَذُ باخْتِلاَسٍ، وانْتِهَابٍ، وقد يُؤَدِّي إلى الوَحْشَةِ والعَدَاوَةِ، ولأنه قد يَأْخُذُهُ مَنْ غَيْرُه أَحَبُّ إلى صاحب النِّثَارِ، وهذا هو المذكور في طَائِفَةٍ من كُتُبِ الأصحاب منها «الشامل» و «التتمة».

وأرجحهما: أنه غير مَكْرُوهٍ، لكن الأولى[1] تَرْكُهُ، وقد رُوِيَ عن جَابِرِ بن عبد الله ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ـ ﷺ ـ حَضَرَ فِي أَمْلاَكٍ، فأتى بِأَطْبَاقٍ عليها جَوْزٌ وَلَوْزٌ تَمْرٌ، فنثرت فقبضنا أيدينا، فقال: مالكم لا تأخذون، فقالوا: لأنك نَهَيْتَ عن النُّهْبَى فقال: «إِنَّمَا نَهَيْتُكُمْ عَنْ نُهْبَى العَسَاكِرِ، خُذُوا عَلَى اسْمِ اللَّهِ ـ تَعَالَى ـ فَجَاذَبْنَا وَجَاذَبْنَاهُ»[2]، ويروى عَدَمُ الكراهية عن أبي حَنِيفَةَ، وابن المنذر، وعن أحمد روايتان كالوجهين، ووضع الحناطي وأبو الفَرَجِ الزاز الخِلاَفَ في الاسْتِحْبَابِ، فيخرج من الطريقين ثَلاَثَةُ أوجه مُسْتَحَبٌّ، مَكْرُوهٌ، وهذا ولا ذاك.

والْتِقَاطُ النِّثَارِ جَائِزٌ، لكن تركه أَوْلَى، إلا إذا عرف أن النَّاثِرَ لا يُؤْثِرُ بَعْضَهُمْ على بَعْضٍ، ولم يقدح الالْتِقَاطُ في مُرُوءَتِهِ[3].

---

(١) قال في الخادم: الذي نص عليه الشافعي في الأم وأطبق عليه جمهور الأصحاب الكراهة إلى آخر ما ذكره.

(٢) رواه البيهقي عن معاذ بن جبل وفي إسناده ضعف وانقطاع.
ورواه الطبراني في الأوسط من حديث عائشة عن معاذ نحوه، وفيه بشر بن إبراهيم، ومن طريقه ساقه العقيلي وقال: لا يثبت في الباب شيء، وأورده ابن الجوزي في الموضوعات [٢/ ٢٦٥] ورواه فيها أيضاً من حديث أنس وفيه خالد بن إسماعيل وهو كذاب، وأغرب إمام الحرمين فصححه من حديث جابر، وهو لا يوجد ضعيفاً فضلاً عن صحيح، وفي مصنف ابن أبي شيبة عن الحسن والشعبي: أنهما كانا لا يريان بأساً بالنهب في العرسات والولائم، وكرهه أبو مسعود وإبراهيم وعطاء وعكرمة.

(٣) قال الشيخ البلقيني: نص في الأم في آخر باب شهادة المقاذف على كراهته فقال: وإذ نثر على الناس في الفرح فأخذه بعض من حضر لم يكن هذا مما يجرح به شهادة أحد لأن كثيراً يزعم أن هذا مباح حلال لأن مالكه إنما طرحه لمن يأخذه فأما أنا فأكرهه لمن أخذه من قبل أن يأخذه من يأخذه ولا يأخذه إلا فعليه لمن حضره وإما يفضل قوة وإما يفضل قلة حياء والمالك لم يقصد =

ومن الْتَقَطَهُ لم يؤخذ منه، وهل يملكه؟ فيه وجهان عن الدَّارِكِيِّ.

أحدهما: لا؛ لأنه لم يوجد لَفظُ مَمْلُوك ولا تَمْلِيك لمعين.

والثاني: نعم، اعْتِبَاراً بالعَادَةِ، ورأى المتولي أن أَصْلَ هذا الخلاف، الخِلاَفُ في المُعَاطَاةِ، لكن الأَئِمَّةَ إلى ثبوت المِلْكِ ها هنا أَمْيَلُ، فإن قُلْنَا بالوَجْهِ الأول، فَلِلنَّاثِرِ الاسْتِرْجَاعُ وبه أجاب القاضي ابْنُ كَجٍّ، ولكن قال: له الاسْتِرْجَاعُ ما لم يخرج المُلْتَقِطُ من الدَّارِ، وعليه الغُرْمُ إن كان أَتْلَفَهُ، وإن قلنا بالثاني، فيخرج عن مِلْكِ النَّاثِرِ بالنَّثْرِ، أو يأخذ المُلْتَقط، أو بِإِتْلاَفِهِ، فيه ثلاثة[1] أوجه مَذْكُورَةٌ في «شرح الجويني» وكل هذا قَرِيبٌ مما سَبَقَ في الطعام المُقَدَّمِ إلى الضيف، ومن وَقَعَ في حِجْرِهِ شيء من النِّثَارِ، فإن بَسَطَهُ لذلك لم يُؤْخَذْ منه، ونزَل مَنْزِلَةَ الأَخْذِ باليد، فإن سَقَطَ، كما وقع، فهل يَبْطُلُ حَقُّهُ؛ لأنه لم يَسْتَقِرَّ أَوْ لا يَبْطُلُ، ويمنع الغير من أَخْذِهِ، حكى في الكتاب وَجْهَيْنِ، وأَجْرَاهُمَا الإِمَامُ فيما إذا وقع الصَّيْدُ في الشَّبَكَةِ، وأَفْلَتَ في الحال، وقال: الظَّاهر أن حَقَّهُ يبقى بحاله، ويمنع الغير من أَخْذِهِ، فإن لم يَبْسُطْ حِجْرَهُ لذلك، فلا يملكه؛ لأنه لم يُوجَدْ منه قَصْدُ تملك، ولا فعل، فلو نَفَضَهُ، فهو كما لو وَقَعَ على الأرض أو لا وإلا فهو أَوْلَى به من غيره، فلا يَنْبَغِي لغيره أن يَأْخُذَهُ، فإن أَخَذَهُ فهل يملك؟.

فيه وجهان جاريان فيما لو عَشَّشَ الطَّائِرُ في مِلْكِهِ، وأَخَذَ الفَرْخَ غَيْرُهُ، وفيما لو دخل السَّمَكُ مع الماء حَوْضَهُ، وفيما إذا وقع الثَّلْجُ في ملكه، فأخذه غَيْرُهُ، وصورة التَّعْشِيشِ قد تَعَرَّضْنَا لها عند ذِكْرِ الخِلاَفِ، فيما إذا أحيا ما يحجره غيره، لكن الأَصَحُّ أن المُحْيِي يَمْلِكُ، وفي هذه الصورة مَيْلُهُمْ إلى المنع أكثر، ويمكن أن يُفَرَّقَ بأن المُتَحَجِّرَ غَيْرُ مَالِكٍ، وليس الإِحْيَاءُ تَصَرُّفاً في مِلْكِ الغَيْرِ، وفي هذه الصورة الأَخْذُ متصرف في مِلْكِ الغير بِدُخُولِ غيره، ولو سَقَطَ من حجره قبل أن يقصد أخذه، أو قام، فَسَقَطَ بَطَلَ اخْتِصَاصُهُ، كما لو مَلَكَ الفَرْخُ جِمَاحَهُ فطار يجوز لغير صَاحِبِ الدَّارِ أخذه بلا خِلاَفٍ، ثم أَوْلَوِيَّةُ من وقع في حِجْرِهِ مخصوصة بما إذا كان ممن يَأْخُذُهُ.

فَأَمَّا من يعلم أنه لا يَأْخُذُهُ ولا يَرْغَبُ فيه فلا اخْتِصَاصَ له به ويَجُوزُ لغيره أَخْذُهُ منه بذلك ذكره صاحب «التهذيب» وغيره ويُكْرَهُ أخذ النِّثَارِ من الهَوَاءِ بالمُلاَءَةِ، والأُزُرِ

= قصده، وإنما قصد به قصد الجماعة فأكرهه لأخذه لأنه لا يعرف حظه من حظ من قصد به بلا إذنه وأنه خسة وسخف. ونقل هذا النص بحروفه الأذرعي في القوت. قال: ونقله في الروضة في كتاب الشهادات عن الشامل وتبعه عليه وجزم به الجماهير لا سيما العراقيون وليس في الإبانة والتتمة سواه إلى آخر ما ذكره.

(١) قال النووي: الأصح أنه يملك بالأخذ كسائر المباحات.

المَرْبُوطَةِ بِرُؤوسِ الخَشَبِ وإن أخذه كذلك اسْتَحَقَّ، ونَثْرُ الدَّرَاهِمِ والدَّنَانِيرِ أَلْحَقَهُ المَسْعُودِيُّ لِنَثْرِ السُّكَّرِ.

وقوله في الكتاب: «فعل بين يَدَيْ رسول الله ـ ﷺ» أَرَادَ به ما ذَكَرْنَاهُ من حديث جَابِرٍ ـ رضي الله عنه ـ.

وقوله: «هو كالصَّيْدِ. . . .» إلى آخره تَشْبِيهُ بالصَّيْدِ يوافق الوَجْهَ الذَّاهِبَ إلى أن النَّثَارَ يُمْلَكُ فَإِخْلاَقُ أكثر النَّقَلَةِ على هذا منطبق.

وقوله: «وإنْ لم يَبْسُطْهُ لذلك، أُخِذَ منه» هذا الإِذْنُ والتَّرْخِيصُ إنما يظهر فيما إذا كان الشَّخْصُ ممن لا يَرْغَبُ فيه، فأما من يجوز أن تَزِيدَهُ، فقد ذَكَرْنَا أنه أَوْلَى به، وليس لغيره الأَخْذُ منه، والكَلاَمُ في أنه لواحده هل تستحقه؟ والله أعلم.

كِتَابُ القَسْمِ وَالنُّشُوزِ[1] وَفِيهِ فُصُولٌ

(الأَوَّلُ فِيمَنْ يَسْتَحِقُّ القَسْمَ): وَلاَ يَجِبُ عَلَى مَنْ لَهُ زَوْجَةٌ وَاحِدَةٌ أَنْ يَبِيتَ عِنْدَهَا لَكِنْ يُسْتَحَبُّ ذَلِكَ لِتَحْصِينِهَا. وَلاَ يَجِبُ القَسْمُ بَيْنَ المُسْتَوْلَدَاتِ وَبَيْنَ الإِمَاءِ وَلاَ بَيْنَهُنَّ وَبَيْنَ المَنْكُوحَاتِ. لَكِنَّ الأَوْلَى العَدْلُ وَكَفُّ الإِيذَاءِ. وَمَنْ لَهُ مَنْكُوحَاتٌ فَإِنْ أَعْرَضَ عَنْهُنَّ جَازَ. وَإِنْ بَاتَ لَيْلَةً عِنْدَ وَاحِدَةٍ لَزِمَهُ مِثْلُهَا لِلبَاقِيَاتِ.

قال الرافعي: النكاح مناطُ حقوقِ الزوج على الزوجة، كالطاعة، والمقام في المسكن، وحقوق الزوجة على الزوج؛ كالمهر، والنفقة، والمعاشرة بالمعروف؛ قال الله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وأراد مماثلتهما في

(١) لما أباح الله سبحانه وتعالى للزوج التعدد إلى أربع تلمس المضللون من ذلك طريقاً للطعن على الدين الإسلامي زاعمين بحسب أهوائهم الفاسدة وما سولت لهم نفوسهم الخبيثة أنه في هذا ضياعاً لحق المرأة ولحوق الضرر بها وسوء العشرة معها، ودين هذا شأنه ليس بالدين المستقيم بل هو دين الظلم والاستعباد، ولبئس ما قالوا فقد افتروا على الدين الإسلامي بجهالتهم وضلالتهم وقلة تدبرهم وما نشأ هذا والعياذ بالله إلا من عمى بصيرتهم ﴿فأنها لا تعمى الأبصار ولكن تعمى القلوب التي في الصدور﴾ إذ لو تأملوا ولو قليلاً لوجدوا الدين الإسلامي هو دين الشفقة والرحمة والعطف والرأفة فما أباح التعدد إلا لمصلحة قويمة يعرفها ذوو الذوق السليم ولم يترك للظلم أثراً في هذا السبيل بل أبان الطريق الذي يسلكه زوج الزوجات حتى لم يبقى للجور مجال.

فالشارع الحكيم لم يبح تعدد الزوجات مطلقاً بل قرنه بما يرفع الجور والظلم قال تعالى: ﴿فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم﴾ فأنك تفهم من معنى الآية أن الله سبحانه وتعالى حرم الزيادة على واحدة إذا خيف عدم العدل لو جمع بين اثنتين أو أكثر ومنه يعلم أن العدل واجب.

القسم والنشوز:

القسم بفتح القاف مع سكون السين بمعنى العدل بين الزوجات في المبيت وهو المراد هنا ومع فتح السين اليمين (وبكسر القاف)، وبكسر القاف مع سكون السين بمعنى الخط والنصيب ومع فتح السين جمع قسمة وقد تطلق على النصيب أيضاً والنشوز من نشز إذا ارتفع لأن فيه ارتفاعاً عن أداء الحق الواجب فالزوجة إذا امتنعت عن أداء ما وجب عليها تسمى ناشزة وإذا امتنع الزوج عن أداء ما وجب عليه يسمى متفدياً.

وجوب الأداء لأن الحقين متماثلان؛ وقد قال تعالى[1]: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ١٩]. قال الشَّافِعِيُّ ـ رضي الله عنه ـ «وجماع المعروف بين الزوجين الكفُّ عن المكروه وإعفاء صاحب الحق من المؤنة في طلبه من غير إظهار كراهية في تأديته، فأيهما مطل بتأخيره فمَطل الغنيِّ ظُلْمٌ.

قال الأصحاب رحمهم الله أراد بـ «الكف عن المكروه» الامتناعَ عما يكرهه صاحبه، وبـ «إعفاء صاحب الحقِّ عن المؤنة في طلبه» ألا يحوجه في استيفاء الحق إلى كُلْفَة ومؤنة وبقوله «من غير إظهار كراهية» أن يؤدي الحقَّ راضياً طَلْقَ الوجه. ومن المعاشرة بالمعروف رعاية القَسْم والمقصود الأصلي في عقد الكتاب القول في القسم وفائدته العدل والتحرز عن الإيذاء الإيحاش بترجيح البعض، وقد يعرض ما يقتضي التفضيل، ثم الزوج المستَحَقُّ عليه القَسْم إما حاضر أو مسافر، وللقسم المُستحق مستحق، وكيفية ما يؤدي، وطريق القضاء إذا فات، فَضمَّن هذه الجمل في خمسة فصول: فَصْل: فيمن يستحقه **وثان**: في زمانه، ومكانه وهو راجع إلى كيفية توفيته، **وثالث**: في التفاضل، **ورابع**: في القضاء، **وخامس**: في المسافرة بالنِّسْوة؛ وعقبها بفصل **سادس**: في الشقاق بين الزوجين والاختلال الواقع منهما أو من أحدهما في الحقوق الواجبة في النكاح.

«الفصل الأول: فيمن يستحقه»

أما الفصل الأول: فمن له زوجة واحدة، فلا ينبغي أن يعطِّلها بل المستحب أن يبيت عندها ويحصنها، وأدنى الدرجات ألا يخلى كل أربع ليالٍ عن ليلة، ولا تجب عليه البيتوتة، فإن السُّكْنَى والاستمتاع حقُّه، ولا حرج على الإنسان في ألا يستوفي حقَّه. وعن أبي حنيفة رحمه الله: أن عليه أن يبيت عندها في كل أربع ليال ليلةً.

ولو كانت له مستولَدَاتٍ أو إماءٌ فلا قَسْمَ لهن بل هو من خصائص النكاح، واحتج له بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٣] أشعر ذلك بأنه لا يجب العدل في مِلْك اليمين والأحب ألاَّ يعطِّلَهُنَّ؛ لئلا يحدث منهن ريبَةٌ وفساد، وأن يسوي بينهن؛ كيلا يحقد بعضهن على بعض، ولو كانت معهن نساء[2] فلا قَسْمَ بينهن وبين المنكوحات حتى لو بات عند المنكوحات لم يلزمه أن يبيت عندهن، ولو بات عندهن لم يلزمه القضاء للمنكوحات، وإذا كانت تحته زوجتان فصاعداً، فالإعراض عن جميعهن كالإعراض عن الواحدة ممن له زوجة واحدة، وعن القاضي

---

(١) سقط في ب، ز.

(٢) في ب: إماء.

أبي حامد حكاية وجه: أنه يجب عليه القَسْم بينهن ولا يجوز له الإعراض، ويمكن أن يجيء مثله في الواحدة. ولو بات عند بعضهن لزمه مثل ذلك للباقيات تسويةً بينهن، فلو لم يفعل عصى؛ رُوِيَ عن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ ـ قال: «إِذَا كَانَتْ عِنْدَ الرَّجُلِ امْرَأَتَانِ فَلَمْ يَعْدِلْ بَيْنَهُمَا جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَشِقُّهُ مَائِلٌ أَوْ سَاقِطٌ»[١].

وَإِذَا سَوَّى في الظاهر لم يُؤَاخذ بزيادة ميل القَلْب إلى بعضهن؛ روي أنه ﷺ كان يَقْسِمُ بين نسائه، فيعدل ويقول: «اللَّهُمَّ، هَٰذَا قَسْمِي فِيمَا أَمْلِكُ فَلاَ تَلُمْنِي فِيمَا تَمْلِكُ وَلاَ أَمْلِكُ»[٢] يعني القلب.

ولا تجب التسوية في الجماع، فإنه يتعلق بالنشاط والشهوة وهي لا تواتي في كل وقت فيه لكن الأحبُّ التسوية فيه، وفي سائر الاستمتاعات، ولو قسم بينهن مدة وسوى ثم أعرض عن جميعهن جاز كما في الابتداء.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَتَسْتَحِقُّ المَرِيضَةُ وَالرَّتْقَاءُ وَالحَائِضُ وَالنُّفَسَاءُ وَالمُحْرِمَةُ وَالَّتِي آلَى مِنْهَا زَوْجُهَا أَوْ ظَاهَرَ وَكُلُّ مَنْ بِهَا عُذْرٌ شَرْعِيٌّ أَوْ طَبَعِيٌّ لأَنَّ المَقْصُودَ الأُنْسُ وَالسَّكَنُ دُونَ الوِقَاعِ، أَمَّا النَّاشِزَةُ فَلاَ تَسْتَحِقُّ، فَلَوْ كَانَ يَدْعُوهُنَّ إِلَى مَنْزِلِهِ فَأَبَتْ وَاحِدَةٌ سَقَطَ حَقُّهَا، وَإِنْ كَانَ يُسَاكِنُ وَاحِدَةً وَيَدْعُو البَاقِيَاتِ فَفِي جَوَازِ ذٰلِكَ تَرَدُّدٌ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّخْصِيصِ، وَالمُسَافِرَةِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ نَاشِزَةٌ، وَإِنْ سَافَرَتْ بِإِذْنِهِ فِي غَرَضِهِ حَقُّهَا قَائِمٌ وَتَسْتَحِقُّ القَضَاءَ، وَإِنْ كَانَ فِي غَرَضِهَا لَمْ تَسْتَحِقَّ فِي القَوْلِ الجَدِيدِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: المقصود بيان من تستحق القَسْمَ، وفيه صُوَرٌ.

إحداها: تستحق المريضةُ[٣] القَسْم وكذلك الرَّتقاء، والقرناء، والحائض،

---

(١) أخرجه أحمد والدارمي وأصحاب السنن وابن حبان والحاكم واللفظ له، والباقون نحوه، وإسناده على شرط الشيخين قاله الحاكم وابن دقيق العيد، واستغربه الترمذي مع تصحيحه، وقال عبد الحق: هو خبر ثابت، لكن عليه أن هماماً تفرد به، وأن هماماً رواه عن قتادة فقال: كان يقال، وفي الباب عن أنس أخرجه أبو نعيم في تاريخ أصبهان.

(٢) تقدم.

(٣) قال الشيخ البلقيني: يستثنى من استحقاق المريضة صورة واحدة وهي: ما إذا أراد السفر بجميع نسائه فتخلفت واحدة للمرض، فإنه لا قسم لها وإن كانت تستحق النفقة صرح به الماوردي في باب السفر من هذا الباب وقال: إن المحبوسة في حق وجب عليها لا قسم لها كما لا نفقة لها، وقد ذكر الرافعي مسألة النفقة في التفليس والنفقات. ونقل في التفليس عن فتاوى ابن الصباغ أنه إن ثبت بالبينة لم تسقط وصورها في دست استدانته بغير إذن الزوج واختار في التفليس السقوط في صورتي البينة والإقرار وأطلق في النفقات أنه لا نفقة لها وقياس ذلك أنه لا قسم لها ويزاد في القسم شيء آخر: وهو أنها إن استحقته في الحبس لزم أحد أمرين. أما الإضرار بالزوج أو ترفه المحبوسة وإنها تمنع منه كما سبق في التفليس في نظيره من الرجل عن فتاوى ابن الصباغ=

والنُّفَسَاء، والمُحرمة، والمولى عنها، والمظاهر عنها؛ كما تستحق الخالية عن هذه المعاني؛ لأن هذه المعاني إنما تمنع الوطء، والمقصود من القَسْم الأنس، والسكن والتحرز عن التخصيص الموحش، وكذلك يجب القَسْم للمراهقة، أو المجنونة التي لا يخاف منها، فإن خيف فلا قَسْمَ لها، قال في «التتمة»: والمعتدة عن وَطْء الشبهة لا قسم لها؛ لأنه لا تجوز الخلوة معها[1]، وهذا يقع مستثنى عن قوله في الكتاب: «وَكُلُّ مَنْ بها عُذْرٌ شَرْعِيٌّ أَوْ طَبْعِي». **الثانية**: إذا نشزت عن الزوج؛ بأن خرجت عن المسكن، أو أراد الدخول عليها فأغلقت الباب ومنعته، أوِ ادَّعَتْ عليه الطلاق، أو امتنعت عن التمكين، فلا قسم لها كما لا نفقة، وإذا عادت إلى الطاعة لم تستحقَّ القضاء، وامتناع المجنونة كامتناع العاقلة إلاَّ أنها لا تأثم.

الثالثة: إن لم ينفرد الزوج بمسكن، وَدَارَ عليهن في مساكنهن فذاك، وإن انفرد بمسكن، فيخير بين المُضِيِّ إليهن وبين أن يدعوهن إلى مسكنه في نوبتهن. والأول أَوْلَى؛ كيلا يُحْوَجْنَ إلى الخروج، وكذلك كان يفعل النبي ـ ﷺ[2] فإن دعاهن فعليهن الإجابة، ومن امتنعت فهي ناشزة[3]، وهل له أن يدعو بعضهن إلى مسكنه، ويمضي إلى مسكن بعضهن، فيه وجهان، وقال الحناطِيُّ: قولان:

أحدهما: نَعَمْ وبه أجاب الشيخ أبو حامد وغيره من العراقيين، كما لو أراد أن

= والغزالي جعل النظر في ذلك إلى القاضي وإن استحقت القضاء فقد دخل الضرر على بقية الزوجات والتحقيق السقوط قال: ولم يذكروا الصغيرة ومقتضى القواعد أنها لا تستحق القسم كما أنه لا نفقة لها. انتهى.

وما ذكره الشيخ البلقيني يؤخذ من قول المصنف «والمراهقة» أي يستحق القسم فأفهم أن دون المراهقة لا قسم لها.

(١) قال في الخادم: قد جزم بتحريم الخلوة بها أيضاً في باب الاستبراء ثم نقل عن ابن الرفعة أن ما ذكره الرافعي من منع الخلوة هنا أن يكون فيما إذا كانت حاملاً أو بناء على أحد الوجهين في أنه لا يحل له التلذذ بها.

(٢) تقدم.

(٣) قال في القوت: هكذا أطلقه الشافعي والجمهور، وقال الماوردي: إن كانت المرأة ذات منصب وحشمة لم تجر عادتها بالبروز صينت عن الخروج ولم يلزمها الإجابة، ولزم القسم لها في منزلها، وهذا حسن وإن استغربه الروياني ولا سيما مع بُعد منزلها عنه دون غيرها.

قال الزركشي: وسيأتي في كلام الرافعي والإمام ما يؤيده وأنه لا خلاف فيه، قال الأذرعي أيضاً في القوت: محل كون الامتناع نشوزاً حيث لا عذر فإن كان لعذر؛ كمرض ونحوه عذرت وبقيت على حقها. (قاله الماوردي). وقال ابن كج: إن منعها مرض عليه أن يبعث إليها من يحملها إليه ويجوز أن يجمع بين الكلامين بجعل الأول على المرض الشديد المعجز والثاني على الخفيف ويحتمل أن تكون المسألة على وجهين يجريان في الزمنة المقعدة ومقطوعة الرجل.

يسافر ببعضهن دون بعض. وأقواهما ـ وبه أجاب صاحب «التهذيب» وأبو الفرج السرخسي وغيرهما[١] ـ المَنْعُ؛ لما فيه من التخصيص والتفضيل، والمسافرة ببعضهن إنما تكون بالقُرْعَة والقُرْعَة تدفع وحشة التخصيص، فإن أقرع بينهن؛ ليدعو من خرجت القرعة لها إلى منزل وجب أن يجوز[٢] ثم الوجهان فيما إذا لم يكن للتخصيص عذر فإن كان؛ كما إذا كان مسكن إحداهما أقربَ إليه، فمضى إليها، ودعا الأخرى؛ ليخفف عن نفسه مؤنة السير فعليها الإجابة، وكذا لو كانت تحته عجوز وشابَّة، فحضر بيت الشابة؛ لكراهية خروجها، ودعا العجوز لزمها الإجابة، وإن أبت بطل حقها، وإن كان يدعوهن إلى منزله، فمنع بعضهن شُغْلٌ لها بطل حقها، وإن منعها من الإجابة مرض، قال القاضي ابن كج: عليه أن يبعث إليها من يحملها إليه، ولو أقام عند واحدة منهن، ودعا الباقيات إلى بيتها لم يلزمْهُنَّ الإجابة، لأن إتيان بيت الضرة شاقٌ عليهن.

وقوله في الكتاب: «وإن كان يساكن واحدة ويدعو الباقيات. . .» إلى آخره: قد يُشْعِر ظاهره بهذه الصورة لكن لا خلاف فيها، وإنما المراد الصورة السابقة، وفي هذه الصورة شيء آخَرُ وهو الجمع بين ضرتين في مسكن واحد، وذلك ممتنع بغير رضاهن، ولكن كان في ليلة واحدة.

الرابعة: سفر المرأة إن كان مع الزوج فسيأتي الكلام فيه، وإن سافرت وحدها، فإن لم يأذن الزوج فهي ناشزة[٣]، وإن أَذِنَ، فإن كان السفر في غرضه لم يسقط حقها، وقضى لها من حقوق الباقيات، وإن كان لغرضها كحج، أو تجارة ففيه قولان:

القديم: وبه قال أبو حنيفة: أنه لا يسقط حقها؛ لقيام الإذن ولو لم يأذن لها[٤] لما خرجت.

---

(١) نازع الأذرعي في ذلك فقال عن الوجه الثاني المقابل لترجيح الرافعي أنه هو الذي أورده العراقيون ومال إليه الإمام كما له المسافرة ببعض دون بعض، وهذا ما نص عليه في الإيلاء حكماً وتعليلاً وبه جزم الروياني في الحلية ونقله من البحر عن النص وغلّط من قال غيره: ومن أبت ذلك منهن فناشزة وهذا هو المذكور في «العدة» «والبيان» وظاهر كلام النووي في «تنقيحه» ترجيحه فإنه حكى الأول عن التهذيب فقط والثاني عن أبي حامد وجماعة وأجاب من قال بالأول وهم الأقلون على القياس على المسافرة بأنها تكون بالقرعة وهي تدفع الوحشة.

(٢) قال الأذرعي: اعترض بأن السفر عذر، فإن كان ذاك حيث ثم عذر صح إلحاق هذه الحالة به وإلا فلا. قال ويخرج من كلام الحاوي وجه ثالث فارق بين الشريفة المخدرة وغيرها وحكى بعضهم الوجهين قولين.

(٣) قال في القوت: هذا حيث لا عذر، فلو اضطرت كما لو خربت القرية وارتحل أهلها ولم يمكنها الإقامة والزوج غائب عنها فلا ينبغي أن تكون بهذا ناشزاً؛ لقيام الضرورة.

(٤) سقط في ب، ز.

[والجديد]: أنه يسقط ولا تستحق القضاء؛ لأن الاستمتاع والتمكن المستَحَقَّ عليها قد فات لمصلحتها، والإِذن إنما يؤثر في سُقُوط الإِثْم وفَوَاتِ التَّسْلِيم المستحَقِّ، وإن كان بسبب غير مأثوم [فيه][1] يوجب سقوط ما يقابلُه، وشبهوا ذلك فيما إذا فات تسليم المبيع قبل القبض بسببٍ هو مَعْذُورٌ فيه، فإنه يسقط الثمن ومنهم من قطع بالجديد.

قال الغزالي: **وَيَجِبُ القَسْمُ عَلَى كُلِّ زَوْجٍ عَاقِلٍ، قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: وَعَلَى الوَلِيِّ أَنْ يَطُوفَ بِالمَجْنُونِ عَلَى نِسَائِهِ، وَيَرْعَى العَدْلَ فِي القَسْمِ، فَلَوْ كَانَ يُجَنُّ وَيُفِيقُ فَلاَ يُخَصِّصْ وَاحِدَةً بِنَوْبَةِ الإِفَاقَةِ إِنْ كَانَ مَضْبُوطاً، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَأَفَاقَ فِي نَوْبَةِ وَاحِدَةٍ قَضَى لِلأُخْرَى مَا جَرَى فِي الجُنُونِ لِنُقْصَانِ حَقِّهَا.**

قال الرَّافِعِيُّ: القَسْمُ مستحق على كل زوج عاقل مراهقاً، كان أو بالغاً رشيداً كان، أو سفيهاً، وإن وقع جور من المراهق فالإثم على الوليِّ وفي السفيه الإِثم عليه، وأما المجنون فقد قال الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر»: «وعلى وَلِيِّ المجنون أن يطوف به على نسائه»، وشَرَحَه الأصحاب بما محصوله أن المجنون كان لا يؤمن منه ضرر فلا قَسْمَ، وإن أُمِنَ، فإن كان قد قَسَمَ لبعض نسائه ثم جُنَّ، فعلى الولي أن يطوف به على الباقيات، قضاءً لحقوقهن كما يقضي ما عليه من الدَّيْنِ قال في «التَّتِمَّةِ»: وذلك إذا طَلَبْنَ، فإن أردن التأخير إلى أن يُفيق، فتتم المؤانسة فلهن ذلك، وإن لم يكن عليه شَيْءٌ من القَسْم؛ بأن كان معرضاً عن جميعهن، أو جُنَّ بعد التسوية بينهن، فإن رأى منه الميل إلى النساء، أو قال أهل الخبرة؛ «إِنَّ غشْيَانَ النِّسَاءِ يَنْفَعُهُ» فعلى الوليِّ أن يطوف به عليهن، أو يدعوهن إلى منزله، أو يطوف به على بعضهن ويدعو بعضهن، كما يرى، وإن لم ير منه ميلاً فليس عليه أن يطوف به، وفي «الإِبانة» وجه: أن حقَّ القَسْم يبطل بالجنون ولا يطالَبُ الوليُّ برعايته بحال؛ لأن وجوب القَسْم للإيناس والتحرز عن الحيف المؤذي، ولا أنس في صُحْبَة المجنون، ولا يتأدى منه، وقد يوجه ذلك بأن للزوج أن يعرض عنهن جميعاً، فكذلك الولي، وأجيب عنه بأن العاقل اكْتَفَى بداعيته الطبيعة، والمجنونُ بخلافه، ولا ينبغي أن يجري هذا الوجه فيما إذا قيل: إن الغشيان ينفعه، ولو قيل: إنه يضره وجب أن يمنعه عنهن، هذا في حق المجنون المُطْبِق ولو كان به جنون مُتَقَطِّع، فإن ضبط، بأن كان يُجن يوماً ويُفيقُ يوماً، فيطرح أيام الجنون وتنزل كأيام الغَيْبَة، ويقسم في أيام إفاقته، ولو أقام في الجنون عند واحدة فلا قضاء ولا اعتداد به، هكذا ذكره صاحبُ «التَّهْذِيبِ» وغيره وفيه إشعار ظاهر بأنه لا قَسْمَ في أيام جنونه، ووراء ذلك وجهان:

---

(١) سقط في ب، ز.

أحدهما: حكى أبو الفرج وجهاً: أنه إن أقام في الجنون عند بعضهن قضى للباقيات.

والثاني: وهو المذكور في «التتمة» أنه يراعي القَسْم في أيام الإفاقة، والولي يراعيه في أيام الجنون ويكون لكل واحدة نَوْبَة من هذه ونوبة من هذه، وهذا أحسن، ولو لم يكن تَقَطُّعٌ مضبوطٌ، وقسم الولي لواحدة في الجنون وأفاق في نوبة الأخرى، فالذي نقله صاحب الكتاب: أنه يقضي ما جرى في الجنون؛ لما كان فيه من النقصان.

قال الغَزَالِيُّ: (**الفَصْلُ الثَّانِي**): **فِي مَكَانِ القَسْمِ وَزَمَانِهِ (أَمَّا المَكَانُ) فَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ ضَرَّتَيْنِ فِي مَسْكَنٍ وَاحِدٍ إِلاَّ إِذَا انْفَصَلَتِ المَرَافِقُ، وَلَهُ أَنْ يَسْتَدْعِيَهُنَّ إِلَى بَيْتِهِ عَلَى التَّنَاوُبِ.**

قال الرافعي: الفصل يشتمل على مَقَاصِدَ:

أحدها القول في مكان القسم: لا يجوز للزوج أن يجمع بين الضرتين والضَّرَّات في مسكن واحد ولو ليلة واحدة[1] إلاَّ برضاهن؛ لأن اجتماعهن في المسكن الواحد مع تأكد الوحشة بينهن يولِّد كثرةَ المخاصمة والخروج عن الطاعة، والمراد بـ «المَسْكن» ما يليق بحال المرأة، من دار وحُجْرة وبيتٍ فردٍ، فاللَّوَاتي يليق بهن الدار والحجرة لا يُجْمَع بينهن في دار واحدة لا حجرة واحدة، لكن لو كان في الدار حجر مفردةُ المَرَافِقِ فله أن يُسْكِنَهُنَّ فيها، وكذا لو أسكن واحدة في العُلُوّ، وواحدة في السُّفَلِ، والمرافق متميزةٌ، واللواتي يليق بهن البيوت المفردة له أن يُسْكِنَ كل واحدة منهن في بيت من خان واحد أو من دار واحدة، ولا يجمع بينهن في بَيْت واحدٍ إلاَّ بالرِّضَىٰ، فإذا[2] اجتمعتْ ضرَّتان في مسكن واحد بالرضى فيُكْرَهُ أن يطأ إحداهما بحضرة[3] الأخرى؛ فإنه بعيد عن المروءة، ولو طلب لم يلزمْها الإجابة ولا تَصِيرُ بالامتناع ناشزةً.

وأما قوله: «وَلَهُ أَنْ يَسْتَدْعِيَهُنَّ إِلَىٰ بَيْتِهِ عَلَى التَّنَاوُبِ» فهذا قد سبق الكلام فيه وليس في إعادته كثير فائدة.

---

(١) تقييده بزوجتين قد يخرج السرية.
قال الأذرعي وغيره: قال الماوردي: وكذا لا يجوز الجمع في المسكن بين زوجة وسرية.

(٢) في ز: وإذا.

(٣) قال الأذرعي الظاهر أنه مكروه تنزيهاً النووي وبه صرح في تعليقه على التنبيه، والذي ذكره المحاملي في المجموع أنه ليس ذلك؛ لأن فيه سفهاً ودناءة، وذكر الشيخ أبو حامد في تعليقه النص على منع جواز إسكانهما في البيت الواحد وهو قضية كلام الحاوي وغيره، وقضية نصه في الأم وهو الصواب؛ لما فيه من سوء المعاملة وطرح جلباب الحياء والأذى الشديد ولا سيما للمستحيات، ولا شك أنها لو منعته في هذه الحالة جاز لها ولا تكون بذلك ناشزة.

قال الغزالي: (وَأَمَّا الزَّمَانُ) فَعَمَادُهُ اللَّيلُ وَالنَّهَارُ إِلاَّ فِي حَقِّ الأَتُونِيِّ وَالحَارِسِ فَإِنَّ سُكُونَهُمَا بِالنَّهَارِ، وَلاَ يَحِلُّ أَنْ يَدْخُلَ فِي نَوْبَتِهَا عَلَى ضَرَّتِها بِاللَّيلِ إِلاَّ لِمَرَضٍ مَخُوفٍ، وَأَمَّا بِالنَّهَارِ يَجُوزُ لِغَرَضٍ مُهِمٍّ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَرَضٌ، وَقِيلَ النَّهَارُ كَاللَّيلِ، وَقِيلَ: لاَ حَجْرَ فِي النَّهَارِ، وَإِنْ خَرَجَ إِلَى ضَرَّتِها بِاللَّيلِ وَمَكَثَ قَضَى مِثْلَ ذَلِكَ مِنْ نَوْبَةِ الأُخْرَى، وَإِنْ لَمْ يَمْكُثْ زَمَناً مَحْسُوساً فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَعْصِي وَلاَ يَقْضِي، وَإِنْ دَخَلَ وَوَطِىءَ فَقَدْ أَفْسَدَ تِلْكَ اللَّيلَةَ فِي وَجْهٍ فَلاَ يُعْتَدُّ بِهَا، وَفِي وَجْهٍ يَقْضِي الجِمَاعَ فَقَطْ، وَفِي وَجْهٍ يَقْضِي مِثْلَ تِلْكَ المُدَّةِ وَلاَ يَكَلَّفُ الوِقَاعَ لأَنَّهُ لاَ يَدْخُلُ تَحْتَ الاخْتِيَارِ.

قال الرَّافِعِيُّ: عماد القَسْم اللَّيْلُ قال تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ اللَّيلَ لِتَسْكُنُوا فِيهِ﴾ [يونس: ٦٧] وقال تعالى: ﴿وَجَعَلْنَا اللَّيلَ لِبَاساً﴾ [النبأ: ١٠]، والنهار في ذلك تبع فإنه وقت التردُّد والانتشار في الحوائج، ثم له أن يرتب القَسْم على اللَّيْلَة واليوم الذي تليه، وأن يرتب على الليلة واليوم الذي يليها فهذا ما عليه التواريخ الشرعية؛ فإن أول الشهر[1] الليالي، وهذا في حق عامة الناس، وأما من يعمل ويكتسب ليلاً ويسكن نهاراً، كَالأَتُونِيِّ والحارس، فعماد القسم في حقه النَّهَارُ، فالليل تابع، والمسافر الذي معه زوجاته، عماد القسم في حقه وقت النزول ليلاً كان أو نهاراً قليلاً كان أو كثيراً؛ لأن الخلوة حينئذٍ تتأتى، قاله في «التهذيب».

إذا تقرر ذلك، فَمَنْ عمادُ القَسْم في حقّه الليلُ لا يجوز أن يَدْخُلَ في نوبة واحدة بالليل على أخرى، وإن كان لحاجة؛ كَعيادة وغيرها فالذي نَقَلَهُ المُزَنِيُّ في «المختصر» أن الشافعي ـ رضي الله عنه ـ قال: «ويعودها في مرضها في ليلة غيرها»، فهو سَهْوٌ عند عامة الأصحاب، قالوا: وإنما قال الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ: «في يومِ غيرها»، ومنهم من أخذ بها، وَجَوَّزَ الدخُولَ على غيرها للحاجة، والظاهر الأول، وجوزوا أن يَدْخُلَ على غيرها؛ للضرورة، وما الضرورة؟ قال في «الشَّامِلِ»: هي مثْلُ أن يكونَ منزولاً بها أو تموت، فيحتاج إلى تجهيزها، وَمَثَّلَ الشيخ أبو حامد وغيرُهُ الضرورةَ: بالمرض الشديد، ويقرب منه ما نقله صاحب الكتاب: أنه لا يدخل على الضَّرَّة إلاَّ لمرض مَخُوف، قال في «الوسيط»: وكذا المرض الذي يمكن أن يكون مخوفاً فيدخل ليتبين الحال.

وفي وجه: لا يدخل إلاَّ إذا تحقَّقَ أنه مَخُوفٌ وإذا دخل على الضَّرَّة؛ لضرورة، فإن مكث ساعة طويلة قضى لصاحبة النَّوْبة مثْلَ ذلك في نوبة التي دخل عليها، وإن لم يمكث إلاَّ لحظةً يسيرةً فلا قَضَاء، وإذا وجب القضاءُ عند الضرورة، وجواز[2] الدُّخول

---

(١) في أ: الأشهر.

(٢) في ب: فجواز.

فلو تعدى بالدخول إن طال الزمان فوجوب القضاء أظهر، وفي الزمان اليسير لا قضاء، ولكنه يَعْصِي، وعن القاضي الحسين ـ رحمه الله ـ تقدير القَدْرِ المقتضي بثلث الليل، والصحيح أنه لا تقدير.

وقوله: في الكتاب: «وَإِنْ لَمْ يَمْكُثْ زَمَاناً مَحْسُوساً؛ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَعْصِي وَلاَ يَقْضِي» كأنه يشير إلى احتمال في القضاء؛ رعايةً للتسوية والعدل، ولا يخرج من قوله: «وَإِنْ لَمْ يَمْكُثْ زَمَاناً مَحْسُوساً» إلاَّ المكث في زمان يسير، فإن أراد أنه لم يلبث أصْلاً فيكفيه قوله: «وَإِنْ لَمْ يَمْكُثْ» وَلاَ حَاجَةَ إِلَى الزَّمَانِ المَحْسُوسِ وهذا إذا لم يجامع التي دخل عليها فإن جامعها فثلاثة أوجه:

أحدها: أنه أفسد تلك الليلَةَ فلا تحسب على صاحبة النَّوْبَة؛ لأنه إذا جامعها فَتَرَ، ولم يَكْمُلْ لها السّكن والاستمتاع.

والثاني: أنه يقضي الجماع في نَوْبَة التي جامعها؛ تسوية بينهما.

وأظهرهما: أنه يقضي من نوبتها مثل تلك المُدَّة ولا يُكَلَّفُ الجِمَاعَ فإنه يتعلق بالنشاط والشهوة، ولا يدخل تحت الاختيار؛ فإن فَرَضَ الجماع في اللحظة اليسيرة فلا قضاء على هذا الوجه، والوجهان الأولان بحالهما.

وقولُهُ في الكتاب في حكاية الوجه الثاني: «يَقْضِي الجِمَاعَ فَقَطْ» صحيح، لأنه فرض الجماع في اللحظة اليسيرة، فأما إذا طالتِ المُدَّة فيقضي المدة مع الجماع لا الجماع فقط، ولفظه في الوَجْه الثَّالث يقتضي التَّصور فيما إذا كانت هُنَاك مدة، وأما النهار[(١)] فوقت التردُّد والانتشار، ولا تجب التسوية بين النسوة في قَدْر إقامته في البيت [والمكث][(٢)] ولكن ينبغي [أن يُقِيمَ قَدْرَ ما يقيم في بيت صاحبة النَّوْبَة][(٣)]، ولا يَدْخل على غيرها إلاَّ لضَرُورَةٍ أو حاجة؛ كعيادة، وَتَعرُّفِ خَبَر وتَسْلِيم نفقة، ووضع مَتَاع واحدة، وينبغي ألا يطيل المُقَامَ، ولا يعتاد الدخول على واحدة في نوبة الأُخْرَيَات، ولا في نوبة واحدة الدخول على غيرها، وإذا دخل من غير حاجة ففي «التجريد» للمحامِلِيِّ: أنه يجب القضاء، وحكاه عن نصه في «الإملاء»، وإن دخَل لحاجَةٍ فلا قَضَاء هَذَا هو الظَّاهر، وفِيهِ وَجْهان آخرانِ، ذكَرَهُمَا في الكتاب:

أحدهما: أن النَّهَار كالليل، وقضيَّة هذا الإِطْلاَق ألا يدْخُلَ على غَيْر صاحبَةِ النَّوْبَة إلاَّ لضرُورَةٍ، وأنه يقضي إذا دخل متعدياً، وقد ذكر القاضي ابن كج أن أبا إسْحَاقَ حكى في وجوب القضاء قَوْلاً.

---

(١) في ز: الزمان. (٢) سقط في ز.

(٣) في الروخة: أن تكون إقامته في بيت صاحبة النوبة إن أقام.

والثاني: أنه لا حَجْرَ بالنهار؛ لأنه تابعٌ، وقضيته أن يَدْخُلَ ويخرج كيف شاء كما شاء بلا قضاء، ولا يجوز في أوقات الدُّخُول للحَاجَة أن يجامع، وفي سائر الاستمتاعات وجهان:

أظهرهما: أنه يجُوزُ؛ لما روي عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ قَالَتْ: «كَانَ رَسُولُ اللَّه ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ يَطُوفُ عَلَيْنَا جَمِيعاً فَيُقَبِّلُ وَيَلْمَسُ، فَإِذَا جَاءَ وَقْتُ الَّتِي هُوَ نَوْبَتُهَا أَقَامَ عِنْدَهَا»[١] وفي كتاب القاضي ابن كج وجه: أنه يجوز الجِمَاع أيضاً.

ومَنْ عِمَادُ القَسْمِ في حقه النَّهَارُ كالحارسين[٢] على ما سبق وكالطَّحَّانين في بعض البلاد، فنهارهم كليل غيرهم وليلهم كنهار غيرهم من جميع ما ذَكَرْنَا.

فَرْعٌ: نقل صاحب «التَّهْذِيبِ» وغيره أنه إذا مرضت واحدة من النِّسْوَة أو ضَرَّ بِهَا الطَّلْقُ، فإن كان لها متعهِّدٌ لم يبتْ عندها إلاَّ في نوبتها ويراعي القَسْم، وإن لم يكن لها متعهِّد فله أن يبيت عندَها، ويُمَرِّضَهَا، وله أن يديم البيتوتة عندها ليالِيَ، بحسب الحاجة، ثم يقضي للباقيات إن برأت، وإن ماتت تعذَّر القضاءُ، وفي القضاء لا يبيت عند كل واحدة من الأُخْرَيَات جميعَ تلك اللَّيَالي، ولاءً بل لا يزيد على ثلاث ليال، وهكذا يدور حتى يتمَّ القَضَاء، والمَنْعُ من الزيادة على الثَّلاث، كأنه مبنيٌّ على أن أكثر مقدار النُّوَب في القَسْم ثلاث ليالٍ[٣] على ما سيأتي وقد خطر في الفرع شيئان:

أحدهما: أن التعهُّد، إن فرض من الخادمة للتي تَسْتَحِقُّ الخادِمَة، فهو بَيِّنٌ، وإن تبرع محرم لَهَا أو تَبَرَّعَتِ امرأة بالتعهُّد والتمريض، وليس على الزَّوْج إسكانُ مَنْ تبرَّعَ وإدخالُه عليها، وينبغي أن يكون الحُكْم كما لو لَم يَكُنْ متعهِّدٌ.

والثاني: لو مَرِضَتِ اثنتان مَعاً ولا متعهِّد، فقد يقال بقَسْم اللَّيَالِي عليهما، ويُسَوِّي بينهما في التمريض، ويمكن أن يقال: يُقْرَعُ بينهما ويخص الَّتِي خَرَجَتْ قرعتها، كما يسافر بواحدة بالقُرْعَة[٤].

فرع: لو كان الرَّجُل يعمل تارة باللَّيْل ويستريح بالنَّهَار، ويعمل أخرى بالنَّهَار،

---

(١) أخرجه [أحمد وأبو داود والبيهقي وصححه الحاكم، ولفظ أحمد: ما من يوم إلا وهو يطوف علينا جميعاً امرأة امرأة، فيدنو ويلمس من غير مسيس، حتى يفضي إلى التي هو يومها فيبيت عندها، زاد أبو داود في أوله: كان لا يفضل بعضنا على بعض في القسم من مكثه عندنا، وكان قل يوم إلا وهو يطوف علينا جميعاً، فيدنو من كل امرأة من غير مسيس، حتى يبلغ التي هو يومها فيبيت عندها].

(٢) في ز: كالحارس. (٣) في ز: إمالي.

(٤) قال النووي: وفي القضاء في هذه الصورة وجهان في «التنبيه» وغيره، أصحهما: يجب لاشتراكهن في السفر.

ويستريح بالليل فقد حَكَى الحناطي فيه وجهَيْن: في أنه هل يجوز أن يبدل الليل بالنهار، بأن يكون لواحدة ليلةٌ تابعةٌ ونهارٌ متبوعٌ، ولأُخْرَىٰ ليلةٌ متبوعةٌ ونهارٌ تابع؟.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (أَمَّا المِقْدَارُ) فَأَقَلُّ القَسْمِ لَيلَةٌ، وَلاَ يَجُوزُ تَنْصِيفُ اللَّيْلَةِ لأَنَّهُ يُنَغِّصُ العَيْشَ، وَأَكْثَرُهُ ثَلاَثُ لَيَالٍ، وَقِيلَ: سَبْعٌ: وَقِيلَ لاَ يُقَدَّرُ بَلْ هُوَ إِلَى الاخْتِيَار، ثُمَّ القُرْعَةُ تَحْكُمُ فِيمَنْ بِهِ البِدَايَةُ، وَقِيلَ: هُوَ إِلَى خِيرَتِهِ لأَنَّهُ مَا لَمْ يَبِتْ عِنْدَ وَاحِدَةٍ لاَ يَلْزَمُهُ شَيْءٌ لِغَيْرِهَا.

قال الرافِعِيُّ: هذه البقيَّةُ تَشْتَمِلُ على مسألتين هما من مقاصد الفَصْلِ:

إحداهما: في مقدار نُوَب القَسْمِ، وأقلُّهَا أن يقسم ليلةً ليلةً، ولا يجوز تبعيضُ اللَّيْلَة؛ لأنه تنغيص العيش ويُبْطِل الاستئناس، ولأن أجزاء الليل يعسر ضَبْطُهَا، وحكى القاضي ابن كج وجهاً: أنَّه يجوز تبعيضُ اللَّيْلَة، وبناء القَسْم على أبعاضها، وحكى الإمام وجهاً فارقاً بين، أن يَقْسِمَ لكلِّ واحدة بعْضَ ليلةٍ، فلا يجوز وبين أن يَقْسِم لِكُلِّ واحدةٍ ليلةً ونصفاً، فيجوز، لحصول الأُنْسِ إذا انْضَمَّ البعض إلى الليلة الكاملة، بخلاف ما إذا كان وحده، والظاهر الأول، والأَوْلَىٰ ألا يزيدَ على ليلةٍ؛ اقْتِدَاءً برسول الله ـ ﷺ ـ، وليَقْرُبَ عهده بهن جميعاً ولو قسم ليلتين ليلتين أو ثلاثاً ثلاثاً فيجوز، نصَّ عليه؛ لأن هذه المدة قريبةٌ. وفي وجه، لا تجوز الزِّيَادة على لَيْلَةٍ إلاَّ برضَاهُنَّ ونسبه أبو الفرج الزاز[1] إلى أبي إسحاق.

وإذا قلنا بالظاهر، فهل تجوز الزيادة على الثلاث قال في المختصر: «وأكْرَهُ مجاوَزَةَ الثَّلاَث»، وذلك محمول عند أكثرهم على المنع والتحريم، وقالوا: إنَّه موضَّح في «الأم»، ونقلوا عن «الإملاء» أنَّه قال: «يقسم مياومة وَمُشَاهَرة ومسانهة، فحملوه على ما إذا رَضِيْنَ به، ولم يجعلوه قولاً آخر، ومنهم من أثبت في جواز الزيادة قولَيْنِ أو وجْهَيْنِ.

وإذا قلنا بالجواز، فإلى كم يجوز؟ قال الإمام رحمه الله: لا شك أنَّه لا يجُوزُ أن يبني القَسْم على خَمْسِ سِنِينَ مثَلاً لكن عن صاحب «التقريب» أنه يجوز أن يقْسم سبْعاً سَبْعاً؛ لأن هذه المدة تُسْتَحَقُّ في القسم؛ لِتَجَدُّدِ النِّكَاح، وعن الشيخ أبي محمَّدٍ وغيره: أنَّه يجوز أن يزيد ما لم يبلُغ مدةَ التَرَبُّصِ في الإِيلاء؛ لأنَّه لا يشُقُّ على المرأة الصبر عن الرَّجُل في هذه المدة، وفيما علق عن الإمام: أنه إذا قَسَمَ للحُرَّة ثلاثاً، فيقسم للأمة ليلة ونصفاً لا ليلتين، بخلاف الطلاق وهذا يُحْوِجُهُ إلى الخروج إلى مسْجِدٍ أو بيتِ صديقٍ، ولكن ما ذكره غير مُسَلَّمٍ؛ لما سيأتي فيما إذا نَكَحَ جديدة، وفيه ذكر وجهين في أن

---

(١) في ب: البزاز.

الثَّلاَثَ غاية نَوْبَةِ القَسْم أم يجوز أن تقسم للأمة ثلاثاً، وحينئذٍ فتكون مدة الحُرَّة ستاً وإذا وَقَفْتَ على ما ذكرنا لم يجز قوله في الكتاب في حكاية الوجه الثالث على إطْلاَقِهِ.

المسألة الثانية: إذا أراد الابتداء بالقَسْم، فوجهان:

أصحهما: أنه يحكم بالقُرْعَة ويبدأ بمن خَرَجَتْ قُرْعَتُها وتَحَرُّزاً عن التفضيل والتَّرَجُّح.

والثاني: أنه يبدأ بمن شَاءَ؛ لأنَّه بسبيل من الإعراض عنهن جميعاً، وما لم يبت عند بعضِهِنَّ لا يلزَمُهُ شيء للباقيات وعلى الأَصَحِّ إذا ابتدأ بواحدة، وهن أربع بالقُرْعة، فإذا وَفَّىٰ نوبَتَهَا أَقْرَعَ بين الباقيات، ثم يقرع بين الأخرتين، فإذا تمّت النُّوَبُ، راعى الترتيب، ولا حاجة إلى إعادة القُرْعة، ولو بدأ بواحدة من غير قُرْعة، فقد ظَلَمَ ويقرع بين الثلاث الباقيات، وإذا تمّت النُّوَب، لا يعود إلى الَّتي بدأ بها ظلماً بل يَقْرَعُ وكأنه ابتدأ القَسْمَ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **(الفَصْلُ الثَّالِثُ فِي التَّفَاضُلِ): وَلَهُ سَبَبَانِ: (الأَوَّلُ: الحُرِّيَّةُ) فَلِلْحُرَّةِ ثُلُثَا القَسْمِ، وَلِلأَمَةِ الثُّلُثُ، فَلَهَا لَيْلَتَانِ وَلِلأَمَةِ لَيْلَةٌ، فَلَوْ بَدَأَ بِالحُرَّةِ فَعَتَقَتْ فِي لَيْلَتِهَا أَوْ قَبْلَ انْقِضَاءِ لَيلَةِ الأَمَةِ الْتَحَقَتْ بِالحُرَّةِ الأَصْلِيَّةِ وَاسْتَحَقَّتْ تَمَامَ لَيْلَتَيْنِ، وَإِنْ عَتَقَتْ بَعْدَ تَمَامِ لَيلَتِهَا اقْتَصَرَتْ عَلَى مَا مَضَى وَسُوِّيَ بَعْدَ ذَلِكَ، وَلَوْ بَدَأَ بِهَا فَعَتَقَتْ قَبْلَ نَوْبَتَهَا صَارَتْ كَالحُرَّةِ الأَصْلِيَّةِ، وَإِنْ عَتَقَتْ بَعْدَ تَمَامِ نَوْبَتِهَا وَجَبَ تَوْفِيَةُ الحُرَّةِ لَيْلَتَيْنِ ثُمَّ يُسَوِّيَ بَعْدَ ذَلِكَ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: القَسْمُ مشْرُوعٌ للعَدْلِ والاجْتنابِ عن التَّفْضِيلِ المُوحِشِ، فلا يجوز للزَّوج تفضيلُ امْرَأة على امرأة بفضلتها بخصال شريفة، حتى يُسَوِّيَ بين المسلمة، والكتابية، لاستوائهما في مقاصد النِّكَاح، وأحكامه، ولا يترك هذا الأصل إلاَّ بشيئين:

أحدهما: التفاوُتُ في الرِّقِّ والحُرِّيَّة، واجتماع الحُرَّة والأمة في نكاح الحُرِّ إنما يُتَصَوَّر بأن يَنْكِحَ حرَّةً على أمَةٍ، وأمَّا العَبْد فإنه يجمع بين حرة وأمة كيف شاء وبين أمتين، ويجوز أن يعتق فينكح عليهما حرتين، فإذا اجتمعتا، فللحُرَّة من القَسْم ضِعْف ما للأَمَةِ، فيجعل الدَّوْر بينهما أثلاثاً؛ لِمَا رُوِيَ مرسَلاً أن النبيَّ ـ ﷺ قَالَ: «لاَ يُنْكَحُ الأَمَةُ عَلَى الحُرَّة وَلِلْحُرَّةِ الثُّلُثَانِ مِنَ القَسْمَ وَلِلأَمَةِ الثُّلُثُ»[1] وروي ذلك عن عليٍّ كَرَّمَ اللَّهُ

---

(١) رواه البيهقي من حديث سليمان بن يسار قال: من السنة أن الحرة إن أقامت على ضرار، فلها يومان، وللأمة يوم، وروى أبو نعيم في المعرفة من حديث الأسود بن عويم سألت النبي ﷺ عن الجمع بين الحرة والأمة، فقال: للحرة يومان، وللأمة يوم، وفي إسناده علي بن قرين وهو كذاب، قوله: وروى ذلك عن علي، فاعتضد به المرسل، تقدم من عند البيهقي عن علي.

وَجْهَهُ ـ فاعتضد به الحديث، وبه قالَ أبو حنيفةَ وأحْمَدُ ـ رحمهما اللّه، وعن مالك ـ رحمه الله بأنَّه يسوِّي بينهما في القَسْم كما في النفقة والسُّكْنَىٰ وحقِّ الفسخ بالعَيْب، فإذا طرأ العِتْقُ على الأَمَةِ لم يخل إمَّا أنْ تكون البِدَايةُ في القَسْم بالحرَّة أو بالأَمَةِ:

الحالة الأولى: إذا كانت البداية بِالحُرَّةِ أن يُعْتِقَ الأَمَةَ في نَوْبَةِ الحُرَّة أو في نوبة نَفْسِهَا، إن عَتَقَتْ في نَوْبَةِ الحُرَّة، فيُنْظَرُ إن عتقت في القَدْرِ المُشْتَركِ بَيْن الحُرَّة والأَمَة، بأن عَتَقَتْ في اللَّيْلَة الأُولَىٰ من لَيْلَتَي الحُرَّة، فيتم الليلة ويبيت الليلة الأخرى عند العَتيقة، ويسوي بينهما، وإن عَتَقَتْ في الليلة الثانية، لم يلزمْهُ الخروجُ، بل له أن يبيت عند الحُرَّة بقيَّةَ اللَّيْلَة، لكن يبيت بعد ذلك عند العتيقة ليلتَيْنِ أيضاً، ولو خرج في الْحَال، وكان بقية اللَيْلَةِ في مَسْجِدٍ أو بَيْتِ صديقٍ، لم يلزمْهُ أن يَقْضِيَ ما مَضَىٰ من تلْك الليلة فإن خرج بقية الليلة إلى العتيقة، فقد أحْسَنَ.

وإن عتقت في نوبة نَفْسِهَا، نُظِرَ، إن عَتَقَتْ قبل تمام لَيلَتِهَا كَمَلَ لها ليلتين؛ لأنَّهَا الْتَحَقَتْ بالحُرَّة، قبْلَ تَوْفِيَة حقِّهَا، وحكى الحناطي وغيره وجهاً آخَرَ[1]، أنَّها لا تستحِقُّ إلاَّ ليلَة، نَظَراً إلى الابتداءِ، وإن عَتَقَتْ بعْد تمام ليلتها، لم تستحق إكمال ليلتين، ويقتصر في تلك النَّوْبة على تِلْكَ اللَّيْلة، ثم يُسَوِّي بينهما بعد ذلك، وهذه الصُّورةُ قد سَبَق ذكْرُهَا في نكاح المُشْرِكَات استشهاداً، وَهَلِ العِتْقُ في يوْمها التالي لِلَيْلَتِهَا كعتقها في ليلتها، حُكِيَ فيه وجهان فيما عُلِّقَ عن الإمام، والظاهر الموافق لكلام الجمهور أنه لا يكون كالعِتْقِ في الليلة لأنَّه تابعٌ.

الحالة الثانيةُ: إذا كانَتِ البدَايَةُ بالأَمَة فإن عُتِقَتْ في ليلتها صَارَتْ كالحُرَّة، ويُسَوِّىٰ بينهما، وإن عتقتْ بعْدَ تَمَام نَوْبَتِهَا، فالمذكور في الكتاب أنه يَثْبت بالمبيت عندها ليلتان للحرة فيوفيها ثم يسوي بعد ذلك.

وهذا ما أورده جماعةٌ منْهمُ الإمَام والمُتَوَلِّي وأبو الفَرَج السرخسي، ومنع صاحب «التَّهذِيبِ» من توفية اللَّيْلَتَيْن، وقال: إن عتقت في الأولَى من ليلتي الحرة أتمها، واقتصر عليها، وإن عتقت في الثانية، خرج من عندها في الحال، وعلى نَحْوٍ من هذا جرى صاحب «المهَذب» والشيخُ أبو حامد وأصحابُهُ وقالوا: إنَّهَا بالعتق تتفاوت الحُرَّة قبل تمام نوبتها فيسوي بينهما، وقوله في الكتاب: «ثُلُثَا القَسْم» معلم بالميم وكذا لثلث، وقوله: «فَلَوْ بَدَأَ بِالْحُرَّةِ فَعَتَقَتْ في لَيْلَتِهَا أي عَتَقَت الأَمَةُ في ليلة الحُرَّة، والمراد كل واحدة من ليلتَي الحُرَّة، فإنها على التقديرين تلتحق بالحرة الأصلية.

وقوله: «أَوْ قَبْلَ انقِضَاءِ لَيْلَةِ الأَمَةِ» يجوز إعلامه بالواو للوجه الذي نقله الحناطي.

---

(١) سقط في ز.

وقوله آخراً: «وجب تَوْفِيَةُ الحُرَّةَ لَيْلَتَيْنِ» معلَّم بالواو؛ لِمَا بيناه، ولفظ الكتاب ينطبق تَارَةً على الظَّاهِرِ في أن العتق في اليوم التابع لا يُنَزَّلُ مَنْزِلَةَ العِتْقِ في الليلة المتبوعَةِ، مثل قَوْلِهِ: «فَعُتِقَتْ في ليلتها»، وقَوْلِهِ: «وَإِنْ عَتَقَتْ بَعْدَ تَمَام لَيْلَتِهَا» وتارة ينطبق على الوجه الذي يقابله كَقَوْلِهِ في الحالة الثانية: «قَبْلَ تَمَامِ نَوْبَتِهَا» و «بعد تمام نوبتها»، فإِنَّ النَّوْبَة تشمل الليل والنَّهارَ.

فرع: ذكر القاضي ابن كج والشيخ أبو الفَرَج وغيْرُهُمَا أن الأَمَةَ إنما تستحق القَسْم إذا استحقت النفقة، وفي نص الشافعي ـ رضي الله عنه ـ إشارةٌ إِلَيْه، وقد تَبَيَّنَ مَن قَبْلُ أنه متى تجب نفقتها ومتى لا تَجِبُ، وإسقاط حق القَسْم بهبتها للزوج أو من بعض الضَّرَّات للأمة لا للسيد، لأن مُعْظَم الحَظّ في القَسْم لها، وهذا كما أن خِيَارَ العَيْب لَهَا لا للسَّيِّد وفي «التتمة»: أنَّه إذا قَسَمَ للحُرَّة ليلتين، ثُمَّ سافر السَّيِّد بالأمة، لا يسقط حقُّهَا من القَسْم بل على الزَّوْج قَضَاء ما فات عند التَّمَكُّن، لأن الفوات حَصَل بغير اختيارها فهي معذورةٌ فيه.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (السَّبَبُ الثَّاني: تَجَدُّدُ النِّكَاحِ) وَإِذَا نَكَحَ بِكْراً جَدِيدَةً بَاتَ عِنْدَهَا سَبعاً، وَعِنْدَ الثَّيِّبِ ثَلاثاً، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَسْتَوِي فِيهِ الْحُرَّةُ وَالأَمَةُ لأَنَّ ذَلِكَ لِلأُلْفِ وَالطَّبْعِ لاَ يَتَغَيَّرِ بِالرِّقِّ كَمُدَّةِ العُنَّةِ، ثُمَّ لاَ يَقْضِي (ح) لِلبَاقِيَاتِ هَذِهِ المُدَّةَ بَلْ يَسْتَأْنِفُ القَسْمَ بَعْدَ ذَلِكَ وَهَذَا حَقُّ الجَدِيدَةِ، فَإِنْ بَاتَ عِنْدَ الثَّيِّبِ ثَلاثاً فَٱلْتَمَسَتْ زِيَادَةً فَقَدْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ وَقَدِ ٱلْتَمَسَتْ أُمُّ سَلَمَةَ ذَلِكَ: «إِنْ شِئْتِ سَبَّعْتُ عِنْدَكِ وَسَبَّعْتُ عِنْدَهُنَّ وَإِنْ شِئْتِ ثَلَّثْتُ عِنْدَكِ وَدُرْتُ، وَكَأَنَّ ٱقْتِرَاحَهَا الزِّيَادَةَ يُبْطِلُ حَقَّهَا مِنَ الثُّلُثِ، وَلَوْ أَقَامَ الرَّجُلُ عِنْدَهَا دُونَ ٱقْتِرَاحِهَا لَمْ يَبْطُلْ حَقُّهَا.

قال الرَّافِعِيُّ: تَجَدُّدُ النِّكَاح يقتضي تخصيصَ الجَدِيدَةِ بزيَادةِ مبيت عند الزِّفَافِ، وهي سبع لَيَالٍ، إن كانَتْ بِكْراً أو ثلاثٌ إن كانَتْ ثَيِّباً، رُوِيَ عن أَنَسٍ ـ رضي الله عنه ـ موقوفاً أنَّه قال: «لِلْبِكْرِ سَبْعٌ وَلِلثَّيِّبِ ثَلاَثٌ» والمقصود منه أن ترتفع الحِشْمَةُ وتحْصُلَ الأُلْفَة والأنس، وخُصَّتِ البِكْرُ بزيادة، لأن حياءها أكثر، وحكى أبو عبد الله الحناطي قولَيْن في أنه هل يجب على الزوج الإِقَامَةُ عنْدها المُدَّتَيْنِ المذكورتَيْنْ، والموافق لإِيراد الجُمْهُور أنَّه واجبٌ مُسْتَحَقٌّ للجديدة.

قال في «التَّتِمَّة» حتَى لو خَرَجَ في بعض تلْك اللَّيَالي بعُذْر، أو أُخْرِجَ فيقضي عند التمكُّن، ويوالي بين الثلاث والسبع، لأَنَّ الحِشْمَةَ لا تزول لو فرق، ولو فرق ففي الاحتساب به وجْهَان ذكرهما أبو الفَرَجِ الزاز وظاهر كلام الأكثرين المَنْعُ وذكر الزاز تَفْرِيعاً عليه أنَّه يوفيها حقَّهَا على التوالي، ويَقْضِي ما فرَّق للأخريات، ولا فرق بين أن

تَكُونَ ثِيَابَةُ الجديدةِ بالنِّكَاح أو بالزنا أو الشُّبْهَة، ولو حَصَلَتْ بمَرَض أو وَثْبَةٍ، فعلى الوجهين في اشتراط استنْطَاقها في النِّكَاح، ولو كانَتِ الجديدةُ أَمَةً، ولَا يُتَصَوَّر ذلك إلاَّ في حقِّ العَبْد، فإنَّ لَهُ أن يُدخلَ الأَمَةَ عَلَى الحُرَّةِ فوجهان، أَظْهَرُهُمَا وبه قال أبو إسْحَاقَ: أنَّهَا كالحُرَّة في اسْتحْقَاقِ السَّبْع أو الثلاث؛ لأن مقصودَهُ ارْتِفَاعُ الحشمة، وحصولُ المُبَاسَطَةِ، وهذا أمر يتعلق بالطَّبْع، وما يتعلق بالطبع لا يختلف بالرِّقِّ والحُرِّيَّة كمدة العُنَّة والإيلاء.

والثاني: وبه قال ابْن أبي هُرَيْرَةَ أنَّها تستحق شَطْرَ ما تَسْتَحِقُّ الحُرَّة، كالقَسْم في دوام النِّكَاح، وعلى هَذَا؛ ففي كيفية التشطر وجهان:

أحدهما: أنَّه يكمل المنكسر، فيبيت للبكر أَرْبَعَ لَيَالٍ، وللثيب ليلتان وأشبههما ـ وهو المذكور في «التَّهْذِيب» ـ أَنَّ للبكر ثلاثَ لَيَالٍ ونصفاً، وللثيب ليلةً ونصفاً؛ لأن المدَّة قابلةٌ للتَّنْصِيف، والاعتبار بحالة الزِّفَاف حتَّى لو نَكَحَهَا، وهي أَمَةٌ، وزُفَّتْ إليه، وهي حُرَّة فلها حَقُّ الحرائِر، وإن عتقت بعد الزِّفَاف فلها حق الإماء.

قال صاحب «التَّهْذِيب» ويُحْتَمَلُ: أن يقال: إذا عَتَقَتْ في المُدَّة فلها حقُّ الحَرَائِرِ؛ تخريجاً على الأَصْل المَذْكُور في بابُ «نِكَاح المُشْرِكَاتِ» إذا تبدل الرق بالحرية، وإذا وَفَّىٰ حق الجديدة، من السبع أو الثلاث، فلَا يقضي للباقيات، وبه قال مالك وأحمد وعند أبي حنيفة يقضي.

واحتج الأصحاب بما روي عن النَّبِيِّ ـ ﷺ ـ أنَّه قال لأُمِّ سَلَمَةَ ـ رضي الله عنها ـ: «إِنْ شِئْتِ سَبَّعْتُ عِنْدَكِ وَسَبَّعْتُ عِنْدَهُنَّ وَإِنْ شِئْتِ ثَلَّثْتُ عِنْدَكِ وَدُرْتُ»[1] والمَعْنَىٰ دُرْت بِالْقَسْم الأَوَّلِ من غير قَضَاء؛ لأنَّه لو كانت الثَّلاَث مَقْضِيَّةً، لأَشْبَهَ أن يقولَ: «وَثَلَّثْتُ عِنْدَهُنَّ» كما قال: «وَسَبَّعْتُ عِنْدَهُنَّ» ويروى أنه قال لأم سَلَمَةَ ـ رضي الله عنها ـ: «إِنْ شِئْتِ أَقَمْتُ عِنْدَكِ ثَلاَثاً خَالِصَةً لَكَ، وَإِنْ شِئْتِ سَبَّعْتُ لَكَ، وَسَبَّعْتُ لِنِسَائِي»[2].

---

(١) [رواه مالك في الموطإ بلفظ الرافعي، قوله: روي أنه قال لها: إن شئت أقمت عندك ثلاثاً خالصة لك، وإن شئت سبعت لك وسبعت لنسائي، الدارقطني به وأتم منه، وفيه الواقدي، قوله: [راداً على الغزالي حيث قال في الوجيز: قال رسول الله ﷺ وقد التمست أم سلمة إلى آخره، هذا يشعر بتقديم التماس أم سلمة على تخييره إياها، وكذلك نقل الإمام، لكن لا تصريح بذلك في كتب الحديث]، ثم ساق ـ أي الرافعي في الشرح ـ من سنن أبي داود التصريح بأن النبي ﷺ هو الذي خيرها، ورده هذا متعقب بما رواه الحاكم في المستدرك أنها أخذت بثوبه مانعة له من الخروج من بيتها، فقال لها: إن شئت، وأصله في صحيح مسلم: أن رسول الله ﷺ حين تزوج أم سلمة فدخل عليها، فأراد أن يخرج قالت، وفي مسند ابن وهب نحوه، ويحتمل أن يقال: إن أخذها بطرف ثوبه يحتمل الالتماس، ويحتمل غيره].

(٢) تقدم.

ويستحب أن يُخَيِّرَ الثَّيِّبَ الجديدةَ بين أن يقيم عندها ثلاثاً بلا قضاء، وبين أن يُقِيمَ عندها سبعاً، ويوفي مِثْلَ ذلك للباقيات، كما فَعَلَ النبيُّ ـ ﷺ ـ بأمِّ سَلَمَةَ ـ رضي الله عنها ـ فإن اخْتَارَتِ السَّبْعَ، فأجابها قضى السبع للباقيات، وإن أقام بغَيْر اختيارها والْتِمَاسِهَا لَمْ يَقْضِ إلاَّ الأربعَ الزائدةَ ووجه قَضَاءِ الْجَميع إذا اختارته بِوَجْهَيْنِ.

أحدهما: أن النبيَّ ـ ﷺ ـ خَيَّرَهَا بين الثَّلاَث بلا قَضَاءٍ، وَبَيْنَ السَّبْع بالقضاءِ، فإذا اختارت أحَدَهُمَا لم يكُنْ لها غَيْرُهُ.

والثَّاني: أنَّ السَّبْعَ حقّ البِكْر، وهي أرفع درجةً منها، فإذا طلبته جَعَلَتْ رغبتها في الزيادة فيما هو غير مَشْروع لها، مبطلاً أَصْلَ الحَقِّ، وشَبَّهَهُ أبو سعد المُتَوَلِّي بما إذا باع دِرْهَماً بدِرهَمَيْن لا تصح المعاملة من أصلها، وذكر صاحب «المهذب» وَجْهَيْنِ في أنَّه، ما الَّذِي يَقْضِي إذا أقام سَبْعاً؟.

أحدهما: أنه يقضي الجميع.

والثاني: لا يقضي إلاَّ ما زاد على الثَّلاَث هكَذَا أَطْلَقَهُ فإن أراد ما إذا التمست، حَصَلَ وَجْهٌ أنه لا يجب القضاء ذكر تلتمس، ولم تطلب على خلاف المشهور وَإِنْ أرادَ ما إذا لم تَلْتمس أو كِلْتا الحالتين حَصَل وجه أنَّه يجب القضاء، وإن لم تطلُبْ، ولم تلتمسْ على خلاف المَشْهُورِ، ولو التمسَتْ منه إقَامَةَ أربعة أيام[1] أو خمس أو ست لم يقضِ إلاَّ الزِّيَادَةَ على الثَّلاَث؛ لأنها لم تَطْمَعْ في الحَقِّ المشرُوع لغيرها، وكذا لو التمست البِكْرُ إقامَةَ عشَرَة أيام لم يجبر على إجابتها فإن أجابها لم يقضِ إلاَّ ما زاد على السبع، قال في «الوسيط»: ويحتمل أن يكون وُجُوب القَضَاء في صورة ورود الخَبَر معلَّلاً بحَسْم باب التحكم والاقتراح عليها ويحكم بوجوب القَضَاء في هذه الصُّورة أيضاً، ولو قَضَى حق الجديدة ثم طَلَّقَها ثم راجَعَها، لم يعد حقُّ الزفاف، لأنها باقية على النِّكَاح الأوَّل، وقد وَفَّى حقَّها وإن أَبَانَهَا ثم جدَّد نكَاحَهَا فقولان أو وَجْهَان.

أَصَحُّهُمَا: أنَّه يتجدد الحَقُّ لعود الجِهَة بالفرَاق المبين، ويجري الخلاف فيما لو أعتق مستوْلَدَتَه أو أمته التي هي فِرَاشُه، ثم نَكَحَهَا، ولا خلاف في أنه لو أَبَانَهَا قبل أن يُوفي حقَّها ثم جدَّد نكَاحَها يلزمه التَّوْفِيَة، ولو أقام عند البِكْر ثلاثاً وافتضها ثمَّ أَبَانَهَا ثم نَكَحَهَا، فإن قلْنا: يتجدد حقُّ الزِّفَاف، فَيبيت عندها ثلاث لَيَال، فإنه حقُّ زفاف الثيب، وإن قلنا: لا يتجدد فيبيت عندها أربعاً؛ لأن حقَّ الزفاف في النِّكَاح الثاني على هذا القول ينبني على النِّكَاح الأول، وهذا القَدْر هو الذي بَقِيَ.

---

(١) في ز: أربع.

ولو نَكَحَ جديدتين يوفي حَقَّ الزفاف لهما جميعاً، وكذلك لو لم يكن في نكاحه غيرهما، ثم إن كان الزِّفَاف على الترتيب، فيقضي حقَّ الأُولَى أولاً، وإن زُفَّتَا إليه معاً، وهو مكروه، فَيَقْرَعُ بينهما للبداية وإذا خرجت القُرْعَة لإحداهما، قدمها لجميع السبع أو الثلاث، وحكى القاضي ابن كج وَجْهاً أنَّه يقدمها بليلة، ثم يبيت عند الأُخْرَىٰ ليلةً وهكذا يفعل إلى تَمَام المُدَّة، وقوله في الكتاب «ثُمَّ لاَ يَقْضِي لِلْبَاقِيَاتِ» معلَّم بالحاء.

وقوله: «بل يستأنف القَسْمَ بعد ذلك» يعني إذا زُفَّتِ الجديدة إلَيْه بعد ما سَوَّى بين مَنْ في نكاحه من النسوة، فيوفيها حقها ثم يستأنف القسم بين الجميع فأما إذا كانت تحته امرأتان وزُفَّتْ إلَيْه جديدةٌ بعد ما قَسَمَ لإحداهما دون الأُخْرَى فإِذَا قضى حَقَّ الزِّفَاف يقسم للقديمة الأُخْرَى ليلةً، ويبيت عند الجديدةِ نصْفَ ليلة؛ لأنَّها تستحق ثُلُث القَسْم، ويخرج بقيَّة اللَّيْل إلى مسجد ونحوه، ثم يستأنف القَسْم بينهن ويسوي وقوله: «وقد قال رسول الله ـ ﷺ ـ وَقَدِ الْتَمَسَتْ أمُّ سَلَمَةَ ـ رضي الله عنها ـ ذلك. . . .» إلى آخره يشعر بتقديم التماس أم سلمة ـ رضي الله عنها ـ على تخيير النبيِّ ـ ﷺ ـ إيَّاهَا، وكذلك نَقَل الإمَام لكنْ لا تصريحَ بذَلِك في كتب الحديث، واللفظ في «سنن أبي دَاوُد» السِّجِسْتَانِيِّ أن رسول الله ـ ﷺ ـ لمَّا تزوَّج أم سَلَمَة أقام عندها ثلاثاً، ثم قال: «ليس بك على أهلك، إنْ شِئْتِ سَبَّعْتُ لَكِ، وَإِنْ سَبَّعْتُ لَكِ سَبَّعْتُ لِنِسَائِي»[1] والله أعلم وَنُقِلَ أن أم سلمة ـ رضي الله عنها ـ اختارت الاقتصار على الثلاث.

فرع: لا ينبغي لأحد أن يتخلف بسبب حق الزِّفَاف عن الجماعات، وعيادَةِ المَرْضَى، وتشييع الجنائز، وإجابة الدَّعَوَات، وسائر أعمال البِرِّ التي كان يقوم بها هذا بالنَّهار، وأما بالليل فقد قالوا: لا يخرج، لأن هذه مندوباتٌ، والمقام عندها واجبٌ، قالوا: وفي دوام القَسْم ينبغي أن يسوي بينهن في الخُرُوج للجماعات، وأعمال البر، إمَّا أن يخرج في ليلة الجميع أو لا يخرج أصْلاً، ولا يجوز أن يخرج في ليلة بَعْضِهِنَّ دون بعض.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الفَصْلُ الرَّابعُ فِي الظُّلْم وَالقَضَاءِ): وَفِيهِ مَسَائِلُ: (الأُولَى): أَنْ يَكُونَ تَحْتَهُ ثَلاَثُ نِسْوَةٍ فَبَاتَ عِنْدَ ٱثْنَتَيْنِ عِشْرِينَ لَيْلَةً ٱسْتَحَقَّتِ الثَّالِثَةُ عَشْرَ لَيَالٍ فَيَقْضِيهَا عَلَى الوَلاَءِ؛ لأَنَّهُ ٱجْتَمَعَ فِي ذِمَّتِهِ، فَلَوْ نَكَحَ جَدِيدَةً فَلَوْ بَاتَ عِنْدَهَا عَشْراً وَلاَءً ظَلَمَ الجَدِيدَةَ، فَسَبِيلُهُ أَنْ يَقْضِيَ حَقَّ الجَدِيدَةِ بِثَلاَثٍ أَوْ سَبْعٍ ثُمَّ يَبِيتَ عِنْدَهَا ثَلاَثَ لَيَالٍ وَعِنْدَ الجَدِيدَةِ لَيْلَةً لأَنَّ حَقَّ الجَدِيدَةِ لَيْلَةٌ مِنْ أَرْبَعٍ، وَلَوْ قَضَاهَا العَاشِرَةَ ثُمَّ ٱسْتَأْنَفَ القَسْمَ عَادَ إِلَى الجَدِيدَةِ فِي الخَامِسَةِ فَسَبِيلُ العَدْلِ أَنْ يَبِيتَ العَاشِرَةَ عِنْدَ المَظْلُومَةِ وَيَثْبُتُ لِلجَدِيدَةِ

---

(١) تقدم.

بِذَلِكَ ثُلُثُ لَيلَةٍ فَيَبِيتُ عِنْدَ الجَدِيدَةِ ثُلُثَ لَيلَةٍ وَيَخْرُجُ إِلَى بَيْتِ صَدِيقٍ أَوْ مَسْجِدٍ بَقِيَّةَ اللَّيلِ، ثُمَّ يَسْتَأْنِفَ القَسْمَ، وَكَذَلِكَ لَوْ بَاتَ عِنْدَ وَاحِدَةٍ نِصْفَ لَيلَةٍ فَأَخْرَجَهُ السُّلْطَانُ فَعَلَيهِ أَنْ يَبِيتَ عِنْدَ الأُخْرَى نِصْفَ لَيلَةٍ وَيَخْرُجَ البَاقِيَ إِلَى المَسْجِدِ.

قال الرَّافِعِيُّ: ضَمَّن الفَصْلَ ثَلاَثَ مَسَائِلَ:

إحداها: تحته ثلاثُ نِسْوَةٍ، فبات عنْد اثنتين عِشْرِينَ ليلةً، إما عَشراً عند هذه، وعَشراً عند هذه، أو بات ليلةً ليلةً إلى تمام العَشرِ، فتستحق الثالثة عَشرَ ليالٍ، وعليه أن يوفيها ولاءً، وليس له أن يُفَرِّقَ، فيبيت عندها ليلتين ليلتين، وعند كل واحدةٍ ليلةً؛ لأنها قد اجْتَمَعَتْ في ذمته، وهو متمكِّن من التوفية، فلا يجوز أن يُؤَخِّر فلو نكح جديدةً عقيب العشرين، فلا يجوز أن يقدم قضاءَ العشر[1]؛ لأنَّه ظُلْم على الجديدة، بل يوفي أولاً حقَّ الزِّفَاف من ثلاثٍ أو سَبْعٍ ثم يَقْسِمُ بين الجديدة وبين المظلومة، ويجعل للمظلومة ليلتها، وليلَتَي اللتيْن ظلمهَا بسَبَبِهما؛ فيبيت عند الجديدة ليلةً، وعند المظلومة ثلاثَ لَيَالٍ، وإذا دار هكذا ثلاث نُوَبٍ، فقد وَفَّاها تسعاً وبقيت ليلة واحدة، فإن كان قد بَدَأَ بالمظلومَةِ فإذا تَمَّ لها تسْعُ ليالٍ، فيبيت ليلةً عند الجديدة بحق القَسْمَ، ثم ليلة عند المظلومة لتمام العَشْر، ويبيت للجديدة، وبهذه اللَّيْلَة ثلث ليلة؛ لأن حقَّها واحِدَة من أربع، فيبيت عندها ثلث ليلة[2]، ويخرج الباقي إلى مَسْجِدٍ، أو يبيت عند صديقٍ، أو مسكن خالٍ عن زوجاته، ثم يستأنف القَسْم بعد ذلك للأربع، وإن كان قد بدأ بالجديدة، فإذا تمت التسع للمَظْلُومة يبيت ثلث ليلة عنْدَ الجَدِيدَةِ ويخرج الباقي، ثم يبيت ليلةً عند المَظْلُومَةِ ثم يَقْسِم بين الكُلِّ بالسوية.

وقوله في الكتاب: «فَسَبِيلُهُ أَنْ يَقْضِيَ حَقَّ الجَدِيدَةِ بِثَلاَثٍ أَوْ سَبْعٍ ثُمَّ يَبِيتَ عِنْدَهَا ثَلاَثَ لَيَالٍ» تصوير فيما إذا بَدَأَ في القَسْم بالمظلومة وينبغي أن يَكُونَ ذلك بالقُرْعة، وقوله: «وَلَوْ قَضَاها» الليلةَ: «العاشِرَةَ، ثم استأنف القَسْم» إلى آخره مَعْناه أنه: إذا بات العَاشِرَةَ عَنْدها واستأنف القَسْم وعاد يَعُود إلى الجَدِيدة في الليلة الخَامِسَة وحقَّها أن[3] يعُودَ إلَيْهَا في الرَّابِعَة فإن كَانت البداية بالمَظْلُومَة فقد بَيَّنَّا أن بعد تمام السَّبْع يبيت ليلة عِند الجِديدة، ثم يشتغل بقضاء العاشرة، وحينئذٍ فقَوْلُه: «فسبيل العَدْلِ أن يبيت العاشِرَة عند المَظْلُومَة» أي بعد أن يبيت ليلَةً عند الجديدة.

قوله: «ويَبْيتُ للجديدة بذَلِكَ ثُلُثَ لَيْلَة» يجوز أن يعلَّم[4] بالواو؛ لأن: عن الشيخ أبي محمد: أنَّه إذا قَضَى العاشِرَة يستأنف القَسْم ويعذر في العَوْد في الخَامِسَة.

---

(١) في أ: العشرة.
(٢) في ز: ثلاث ليال.
(٣) سقط في ز.
(٤) في ز: يعلمها.

ولو كانت تَحْتَه، أربع نِسْوَةٍ ثلاث حاضرات وواحدة غائبة، فظلم واحدةً من الحاضرات بالأخريين، وحضَرَتِ الغائبة، فيقضي حقَّ المظلومة، مع رعاية جَانِبِ الَّتِي حضرت، فيقسم لها ليلة، وللمظلومة ثلاثاً، وقد يحتاج بالآخرة إلى تبعيض الليلة، كَمَا وَصَفْنَاه، وكذلك لو كان يَقْسِمُ بين نسائِهِ، فخرج في نَوْبَة واحدة لضرورة، بأن أخرجه السلطان، فيقضي لها من اللَّيْلَةَ الَّتِي بعدها مثل ما خرج.

والأولى أن يُرَاعِي الوَقْت فيقضي لأَوَّل اللَّيْل من الأول، وللآخر من الآخر ويكون في باقي الليل عند صَدِيقٍ أو في مسجد أو موضع منفردٍ، ويستثنى ما إذا كان يخاف العَسَس أو اللصوص ونحو ذلك، لو خرج فيعذر في الإِقَامَة، قَالَ في «التتمة» والأَوْلَىٰ ألا يستمتع بها فيما وراء زَمَان القَضَاء.

فرع: منقول عن «الأم» إِذَا كَانَ للرَّجُل أربع نسوة، فترك القَسْم لإحداهن أربعين ليلةً يقسم لها عَشراً. قال الأصحاب: صُورَتُهُ أن يبيتَ عند الثلاث عَشْراً عشراً ويعطل عشر الرابعة فلا يبيت عند واحدة منهن فيها، أمَّا إذا وزع الأربعين على الثلاث بالسوية، فحصة كل واحدة ثلاث عشرة وثُلُثٌ، فيقسم للرابعة مثل ذلك.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الثَّانِيَةُ): لَوْ وَهَبَتْ نَوْبَتَهَا مِنْ ضَرَّتَهَا فَلِلزَّوْجِ أَنْ يَمْتَنِع مَنَ القَبُول، فَإِنْ قَبِلَ فَلَيسَ لِلمَوْهُوبَةِ ٱلامْتِنَاعُ، ثُمَّ إِنْ كَانَتْ لَيلَتُهَا مُتَّصِلَةً بِلَيلَةِ الوَاهِبَةِ بَاتَ عِندَهَا لَيلَتَينِ، وَإِنْ كَانَتْ مُنْفَصِلَةً فَهَلْ يَجُوزُ أَنْ يُوَالِيَ بَيْنَ لَيلَتَينِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ وَهَبَتْ مِنَ الزَّوجِ فَلَيسَ لَهُ أَنْ يُخَصِّصَ وَاحِدَةً بَلِ الوَاهِبَةُ كَالمَعْدُومَةِ، ثُمَّ لَهَا الرُّجُوعُ مَهْمَا شَاءَتْ، وَمَا فَاتَ قَبْلَ بُلُوغِ خَبَرِ الرُّجُوعِ فَلاَ يَقْضِي كَمَا فَاتَ مَثَلاً مِنْ ثِمَارِ البُسْتَان قَبْلَ مَعْرِفَةِ الرُّجُوعِ مِنَ المُبِيحِ.

قال الرَّافِعِيُّ: فإِذَا سَامَحَتْ واحدةٌ من زوجَاتِهِ وتركَتْ حقَّهَا من القَسْم لم يَجِبْ على الزَّوج القَبُول؛ لأن الاستمتاع بها حَقُّه، فله أن يبيت عندها في نوبتها، وإن رضي بالمسامحة فينظر، إنْ وُهِبَتْ من ضرة بعينها جاز ويبيت عند الموهوب لها ليلتين؛ ليلةً لها وليلة عند انتقال الواهبة؛ لما رُوِيَ أن سَوْدَةَ ـ رضي الله عنها ـ لَمَّا كَبِرَتْ جعلت نوبتها لعائشة ـ رضي الله عنها ـ وكان النبي ـ ﷺ ـ يقسم يومها ويوم سودة لعائشة[1].

ثم إنْ كانت نَوْبَةُ الواهِبَةِ مُتَّصِلَةً بنوبة الموهوبة لها، بات عندها الليلتين على الوَلاَء، وإن كانَتْ منفصلةً عَنْهَا فوَجْهَانِ:

---

(١) متفق عليه ورواه الشافعي عن ابن عيينة عن هشام بن عروة عن أبيه: أن سودة وهبت يومها لعائشة، ورواه البيهقي من حديث عقبة بن خالد عن هشام موصولاً.

أحدهما: أنَّه إذا انتهت النَّوْبَة إلى الموهوبة يبيت عندها ليلتين؛ لأنَّه أسهل عليه، والمقدار لا يختلف، وقياس هَٰذَا أنَّه إذا كانت ليلة الواهبة أَسْبَقَ، وبات فيها عنْد الموهوبة يجوز أن يقدم ليلتها ويبيت عندها الليلة الثانية أيضاً.

وأَصَحُّهُمَا وهو المذكور في «التهذيب»: أنه لا يجوز الموالاة، بل يبيت عند الموهوبة في ليلتين منفصلتَيْنِ، كما كان يبيت قَبْل الهِبَة عند الواهبة والموهوبة؛ لأن حَقَّ الموهوبة بين الليلتين سابق فلا يجوز تأخيره ولأن الواهبة قَدْ ترجع بين الليلتَيْنِ، والموالاة تُفَوِّتُ حقَّ الرجوع عليها، ولو أنَّهُ طَلَّقَ الواهِبَةَ لم يبت عند الموهوبة بعد ذلك إلاَّ ليلتها، ولا يُشْتَرَط في هذه الهبة رِضَى الموهوبة وَقُبولُهَا، بل يكتفي قبول الزوج، وحكى الحناطي وجهاً غريباً في اشتراط رضاها، وإن وهبت حقَّها من الزوج فهل له أن يخصص واحدة بنوبة الواهبة فيه وجهان:

أحدهما: نَعَمْ؛ لأنها جعلت الحَقَّ له فيضعه حيث يشاء، وعلى هذا فينظر في ليلة الواهبة، وليلة التي يريد تخصيصها، أهما متواليتان أم لا، يكون الحُكْمُ على ما سبق وهذا الوجه هو الذي ذكره العراقيون وتابعهم القاضي الرُّويَانِيُّ وغيره.

والثاني: المنع لأن التخصيص يظهر المَيْل ويورث الوحشة والحِقْد، فيجعل الواهبة كالمعدومة، ويسوي بين الباقيات، وعلى هذا لو كن أربعاً فوهبت واحدة حقَّها منه قسم بين الثلاثة وأخرج الواهبة عن الاعتبار، وبهذا الوجه الثاني أجاب أبو الحَسَن العَبَّادِيُّ وهو المذكور في الكتاب وأشار في «الوسيط» إلى القَطْع بالمَنْع فيما إذا قال: وهبت لك واقتصرت عليه وإلى تَخْصيص الوَجْهَيْن بما إذا قَالَت: وَهَبْتُ لك تخصيص من شئت، ولو أبقى الدَّوْر بحاله، وبات ليلة الواهبة في كل دَوْرٍ عند واحدة من الباقيات، فلا تفضيل ولا ميل، فلا يبعد تجويزه فإِنْ جاز فقياسُه أن يجوزَ وَضْع الدَّوْر في الابتداء، كذلك بأن يجعل ليلة بين لياليهن دائرةً بينهن، وصورته: أن تكون تحته زينبُ وحفصةُ وعَمْرةُ فيبتدىء في القَسْم ليلةَ الجمعة لزينب، ويبيت ليلة السَّبْت عند حفصة، ويبيت ليلةَ الأحَدِ عند عمرة ويجعل الليلة الرابعة دائرةً بينهن ويعود ليلة الثلاثاء إلى زَيْنَب هكذا وحينئذٍ فَيُقْرَعُ بينهن الليلة الدائرةَ أيضاً، ويبتدىء بمن خرجت قرعتها وإن وهبت حقها من جميع الضَّرَّات، فلا خلاف في وجوب التسوية بَيْن البَاقيَات وبمثله أجيب فيما إذا أسقطتْ حقَّها مطلقاً ويتعلق بهذه الهبة والرجوع عنها مسألتان أخريان:

إحداهما: للواهبة أنْ تَرْجِعَ متى شاءت ويعود حَقُّهَا في المستقبل؛ لأنَّهَا هِبَةٌ لم يتصل بها القَبْض فيما يرجع إلى المستقبل، حتى لو رجعتْ في أثناء الليْل، فيخرج من عنْد الموهوبة، وأمَّا ما مَضَىٰ، فلا يؤثر الرجُوعُ فيه وكذا ما فات قبل علم الزوْج بالرجوع لا يؤثر فيه الرجوع؛ ولا يقضي؛ لأنَّه لم يظهر منْه ميل ولا تقصير إذا لم

يعلم، وفيه وَجْهٌ: أنَّه يقضي تخريجاً من الخلاَف في أن الوكيل هل ينعزل قبل العِلْم بالعزل، والظاهر الأوّل وشبَّه في الكتاب المسألة بما إذا أباح ثمرة بستانِهِ لإِنْسَان، ثم رجع وتَنَاوَل المُبَاح لَهُ بَعْضُها قَبْل العِلْم بالرجوع، وفي هذه الصُّورة طريقان محكيان فيما علق عن الإِمام، فَعَنِ الشَّيْخ أبي مُحَمَّد: أن في وجوب الغُرْم لما تناوله بَعْد الرجوع قَوْلَهن، كما في مسألة عزل الوَكِيل، وعن أبي بَكْر الصَّيْدلانِي: أنَّه يغرم؛ لأن الغرامات لا فرق فيها بين العِلْم والجَهْل، وإلى التَّغْرِيم مال الإمام.

والثانية: لا يَجُوزُ أن تأخذ على المُسَامَحَة بحَقِّها عِوَضاً لا من الزَّوْج، ولا من بعض الضَّرَائِر، وإن أخذت فعليها الرَّدُّ ويستحق القضاء، لأن العِوَضَ لَمْ يسلم لها وحكى القاضي ابن كج أنَّهَا لا تستحق القضاء.

فَرْعٌ: لَوْ بَاتَ في نَوْبَةِ واحدةٍ عند غيرها وادَّعَىٰ أنها كانَتْ قد وهَبَتْ نَوْبَتَهَا منْها، وأنكرت فَهِيَ المصدقة، وعليه البينة ولا يقبل فيه إلاَّ شهادة رجلين.

وقوله: «فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُخَصِّصَ وَاحِدَةً» معلَّم بالواو، وكلام أكثرهم مائل إلى تجويزه.

وقوله: «فَلاَ يَقْضِي» معلَّم بالواو أيضاً وكذا قوله «كما فات مثلاً من ثمار البستان» ولا يبعد ترجيح التغريم.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الثَّالِثَةُ): إِذَا ظَلَمَهَا بِعَشْرِ لَيَالٍ مَثَلاً وَأَبَانَهَا فَقَدْ فَاتَ التَّدَارُكُ وَبَقِيَتِ المَظْلَمَةُ، فَإِنْ جَدَّدَ نِكَاحَهَا قَضَاهَا إِلاَّ إِذَا نَكَحَ جَدِيدَاتٍ أَوْ لَمْ يَكُنْ فِي نِكَاحِهِ المَظْلُومَةُ بِهَا فَيَتَعَذَّرُ القَضَاءُ وَيَبْقَى المَظْلَمَةُ.

قال الرَّافِعِيُّ: مَنْ ظَلَمَ وَاحدةً من زَوْجَاتِهِ بِلَيَالٍ، فقد تَقَرَّرَ أَنَّه يلْزَمُهُ القَضَاء وإنَّمَا يتأتى القَضَاءُ إِذَا كَانَتِ المظلومةُ والَّتِي ظَلَمَهَا بسببها في نِكَاحِه، أما إذا فَارَقَ المظلومةَ بطلاق وغيره، فقَدْ تعَذَّر القضاء وبَقِيَتِ المظلمة، في ذمته وذكر في «التتمة» أنه إذا قَسَمَ لواحدة فلمَّا جاءت نَوْبَةُ الأُخْرَىٰ طَلَّقَهَا قبْلَ توفية حقِّها عَصَى؛ لأنَّه منعها حقَّها بعْد ثُبُوتِ الاسْتِحْقَاقِ لَهَا، وعلى هَـٰذَا فهذا سَبَبٌ آخَرُ بوُجُوب كَوْنِ الطَّلاَقِ بِدْعيّاً، ثمَّ إذا عادت المطلقة إِلَيْه برجعة أو بنكاح جديد وفي نكاحه التي ظَلَمَهَا بسببها، فعليه القضاء؛ لأنَّه تمكن من الخروج عن المَظْلَمَة.

وفي وجه: إنْ عَادَتْ بنكَاحٍ جديدٍ لم يستَحِقَّ القضاء؛ لأَنَّ سبب الاستحقاقِ، قَد زال، وقَرُبَ هذا من الخِلاَفِ في عود الحنث وربَّمَا قيل هو هو، ولَوْ لَمْ يَكُنْ في نكاحِهِ الَّتِي ظَلَمَهَا بسببها حين عَادَتِ المظلومة إلى نكاحِهِ، بل نَكَح جديداتٍ فالقضاءُ متعذِّرٌ، لأَنَّ القضاء إنما يكون من نَوْبَةِ التي ظلم بسببها، وليست الجديداتُ كذلك، ولو لم

يفارقِ المَظْلُومَةَ وَفَارَقَ اللَّوَاتِي ظلم بِسَبَبِهِنَّ ثم عُدْنَ إلى نكاحه أو فارقها وفارقَهُنَّ ثم عُدْنَ إلى نِكَاحِهِ اشتغل بالقضاء ولا يحتسب من القضاء ما فات عنْدَهَا في مفارقتهن ويَجِيْءُ بالنِّكَاحِ الجديد الخلافُ السابقُ[1].

ولو كان في نكَاحِهِ ثَلاثٌ فَبَاتَ عنْد اثنتين عشرين ثُمَّ فَارَقَ إحداهما يبيت عند المَظْلُومَةِ عَشراً تسويةً بينها وبَيْنِ الباقية كذا ذكره في «التَّهْذِيب» وقال في التَّتِمَّةَ: لو ظلم واحدةً من الثَّلاَث بعَشْرٍ ثُمَّ قَبْل توفيَةِ حقِّها طَلَّقَ وَاحِدَةً من ضَرَّتَيْهَا لا يقضي لها إلا خَمْس ليال؛ لأنه إنَّما يقضي العشر من حقهما جميعاً، وقد فات حقّ واحدةٍ منهما، وقوله في الكتاب: «بعَشْرِ لَيَالٍ» لا يخفى أنه مَذْكُور على سَبِيل التَّمْثِيل. وقولُهُ «وَأَبَانَهَا فقد فات التداركُ وبَقِيَتِ المظلمةُ» فوات التدارك لا يختص بالإبانة، بل كلُّ طَلاَق وفِرَاقٍ في معناها[2] وكأنه أراد أن يرتب علَيْه الكلام فيما إذا أراد أن يجدد نِكَاحها، فلذلك أطْلَقَ لفْظَ الإِبَانَة.

وقوله: «قَضَاها» معلَّم بالواو، وقوله: «إلاَّ إِذَا نَكَحَ جَدِيدَاتٍ أَوْ لَم يَكُنْ فِي نِكَاحِهِ المَظْلُومَةُ بِهَا» يشير إلى أنَّه لو نَكَح جديدة، وبقيت في نكَاحِهِ الَّتي ظلم بسببها، لم يتعذر القَضَاءُ، وذلك كما إذا كانت تَحْتَهُ زوجتان، فَظَلَمَ واحدةً بلَيَالٍ، ونَكَحَ ثالثة، فيراعي حقَّ الثَّالِثَةِ، ويقضي للمَظْلُومَةِ من نَوْبَة المظلوم بها على ما تقدَّم.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الفَصْلُ الخَامِسُ فِي المُسَافَرَةِ بِهِنَّ) كَانَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِذَا هَمَّ بِسَفَرٍ أَقْرَعَ بَيْنَهُنَّ فَاسْتَصْحَبَ وَاحِدَةً ثُمَّ إِذَا عَادَ دَارَ عَلَيْهِنَّ مِنْ غَيْرِ قَضَاءٍ فَصَارَ سُقُوطُ (ح) القَضَاءِ عَلَى خِلاَفِ القِيَاسِ مِنْ رُخَصِ السَّفَرِ، وَلَكِنْ بِأَرْبَعِ شَرَائِطَ، أَنْ يَقْرَعَ أَوَّلاً، وَأَنْ لاَ يَعْزِمَ عَلَى النُّقْلَةِ، وَأَنْ يَكُونَ السَّفَرُ طَوِيلاً مُرَخَّصاً لِيَكُون فَوْزُهَا فِي مُقَابَلَةِ تَعَبِها، وَأَنْ لاَ يَعْزِمَ عَلَى الإِقَامَةِ فِي مَقْصِدِهِ، فَإِنْ خَرَجَ لِلنُّقْلَةِ أَوْ لِلتَّفَرُّجِ أَوْ عَرَضَ فِي سَفَرٍ قَصِيرٍ قَضَى لِلبَاقِيَاتِ، وَإِنْ عَزَمَ عَلَى الإِقَامَةِ فِي مَقْصِدِهِ قَضَى أَيَّامَ الإِقَامَةِ، وَهَلْ يَقْضِي أَيَّامَ الرُّجُوعِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلاَ يَلْزَمُهُ القَضَاءُ بِإِقَامَةِ يَوْمٍ وَاحِدٍ، وَإِنْ كَانَ يَمْتَنِعُ بِهِ التَّرَخُّصُ، وَإِنْ أَقَامَ أَيَّاماً فِي انْتِظَارِ إِنْجَازِ حَاجَتِهِ انْبَنَى القَضَاءُ عَلَى الخِلاَفِ فِي تَرَخُّصِهِ، وَلاَ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَعْزِمَ عَلَى النُّقْلَةِ وَيُخَلِّفَ نِسَاءَهُ.

قال الرافعي: بَيَّنَّا في أول القَسْم أن مقصود هذا الفَصْل القَوْلُ في مسافرة الزَّوْج بزوجاته أو ببعضهن، وقد صَحَّ عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ أن النَّبيَّ صَلَّى اللَّهُ علَيْهِ

---

(١) في أ: وإن

(٢) في ز: معناه.

وسلَّمَ كَانَ إِذَا أَرَادَ سَفَراً أَقْرَعَ بَيْنَ نِسَائِهِ فأيتهن خرج سَهْمُها خَرَجَ بِهَا[١]، ولم ينقل أنَّه ـ ﷺ ـ كان إذا عَادَ يَقْضِي، ولو كان يَقْضِي لأَشْبَه أن ينقل مع ذكر سفره لمن خرج سهْمُهَا، وحَكَىٰ بعضهم، وفيهم أبو الفرج الزاز أنَّه روي عن عائشة رَضِيَ الله عنها أن النبيّ ـ ﷺ ـ «ما كان يَقْضِي» ولفظ الكتاب يوافق ما ذكره هؤلاء، وجعل سقوط القضاء من رُخَصِ السَّفَرِ بخلاف ما إذا خَصَّص واحدة في الحَضَر؛ لأَنَّ المُسَافِرَةَ وإن فازت بصحبة الزوج فقد تعبت في السفر ومَشَاقِّه، وفي «الوسيط» أن أبا حَنِيفَةَ ـ [رحمه الله] ـ قال بوجوب القَضَاء، وإن أَقْرَعَ وكذا حكاية القَاضِي ابن كج، وفي «أمالي» أبي الفَرَجِ: أنَّه لا مدخل للقرعة عنده في ذلك بل يَسْتَصْحِبُ من شاء، ثم يقضي، ثم اعتبر صاحب الكِتَابِ لسقوط [وجوب][٢] القضاء أربعةَ شُرُوطٍ:

أحدها: أن يَقْرَعَ، فلو استصحب بعضَهُن بلا قُرْعَة، فعليه القضاء للمخلفات؛ لأنَّه ظَلَم بالتفضيل والتخصيص، وفي «الشامل»: أن أبا حنيفة ومالكاً قالا: لا يَجِبُ القَضَاء، وهذا بخلاف ما سبق عن أبي حنيفة رحمه الله، ثم في المُدَّة الواجِبِ قَضَاؤُهَا وجهان:

أظهرهما: أنَّه يقضي ما بَيْن إنْشَاء السَّفَر إلى أن يَرْجع إِلَيْهِنَّ.

والثَّاني: يستثني مُدَّة الرُّجُوع؛ لأنَّه خروج عن المَعْصِيَةِ، وفي وجْهٍ: لا يقضي من وقت العزم عَلَى الرُّجُوعِ وإن لم يَنْهَض بَعْدُ، وأشار الحناطي إلى خلاف في أن ما ذكرْنَا أنَّه إنَّمَا يَسْتَصْحِبُ بعضَهُن بالقُرْعَة مخصوصٌ بما إذا كان يقسم لَهُنَّ أو مُطْلَقٌ، والظَّاهر الإِطلاقُ، وإذا خرجت القرعةُ لواحدةٍ لَمْ يَجُز أن يستصْحبَ غيرها، ويجوز أن يُخَلِّفَهَا مع المتخلِّفات وللقرعة طريقان: إخراج الأسماء على السَّفَر، وإخراج السَّفَر على الأسماء، فإذا كانت تحته أربع نسوة وأراد أن يَقْرَعَ بينهن، فإن شاء أَثْبَتَ أسمائهن في رِقَاع وأدرجها في بنادق متساوية، وأخرج منْها واحدة على السفر، وإن أراد استصْحَاب اثنتين معه، أخرج رُقْعَة أُخْرَىٰ وجَوَّزُوا ـ والحالة هذه ـ أن يَقْتَصِرَ على رُقْعَتَيْن، ويثبت في كل واحدة اسْم اثنتين، وإن شاء أثبت الحَضَر في ثلاث رِقَاع، والسفر في واحدةٍ، وأدرجها ثم يخرج رُقْعَة على اسْم واحِدَةَ فإن خرجَتْ رقْعَةُ السفر استصحبها، وإن خرجَتْ رقْعَة من رقاع الحَضَر أخرج رُقْعَة أُخرى على اسم آخَرَ وهكذا حَتَّى يخرج رقْعة السفر، وإن كان يسافر باثنتين، أثبت السفر في رقعتين [وفي] الحضر رُقْعَتَيْنِ.

والثَّانِي: ألاَّ يَقْصِدَ بِسَفَرِهِ النُّقْلَة فأما في سفر النُّقْلَة، فَلاَ يجوز أن يَسْتَصْحِبَ

---

(١) أخرجه البخاري بهذا، واتفقا عليه بنحوه. قوله: روي عن بعضهم أن عائشة قالت: ما كان رسول الله ﷺ يقضي إذا عاد، لا يعرف.

(٢) سقط في ز

بعضَهُنَّ دون بَعْضٍ لا بالقُرْعَة ولا بِغَيْرِ القُرْعَة، ولو فَعَلَ قضى للمخالفات، هَٰذَا هو الأَظْهَرُ وبِهِ قال أبو إسْحَاقَ، وحمل عليه قوله في المختصر: «وَلَوْ أَرَادَ النُّقْلَةَ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَنْتَقِلَ بِوَاحِدَةٍ إلاَّ وَفَّىٰ لِلْبَوَاقِي مِثْلَ مُقَامِهِ مَعَهَا وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ إِذَا نَقَلَهَا بِالقُرْعَةِ لَمْ يَقْضِ مُدَّةَ السَّفَرِ كَمَا فِي سَفَرِ التِّجَارَةِ» وحمل النص على مدة مقامه معها في البلد المنتقل إلَيْهِ، والفَرقَ عَلَى الأَظْهَر أنَّ سفر النُّقْلَة لا يختصُّ ببعضهن، بل يحتاج إلى نَقْلِهِنَّ جميعاً، فلا يخصِّصُ واحدةً بالاستصحابِ كما في الحَضَر، ولو نقل بَعْضَهُنَّ بنفسه، وبعضَهُنَّ بوكيله بلا قرعة قضى لمن بعثها مع وكيله ويجوز أن يفعل ذلك بالقرعة قاله في «التهذيب» وإذا أخذ في الرُّجُوع إِلَيْهِنَّ بَعْد تخصيص واحدةٍ بالنقل، ففي قَضَاء مدَّة الرُّجوعِ الوجْهَان، ولا يجوز أن يسافر سَفَرَ نُقْلَةٍ، ويخلف نساءه بل يَنْقُلُهُنَّ بنفسه أو بوكيله أو يطلقهُنَّ؛ لِمَا في التخليف من الإِضرار، هكذا أطلقه في الكتاب قال في «الوسيط»: وإنَّمَا لا يُكَلَّفُ في الحَضَرِ البيتوتة والتخصيص؛ اكتفاء بداعية الطبع، وفيما علق عن الإمام أن ذلك أدب وليس بأمر لازم.

والثالث: أن يكون السفر طويلاً أما السَّفَرِ القصيرُ لغَرَضِ التفرُّج وغَيْره فهَلْ يجُوز أن يَسْتَصْحِبَ فِيهِ بعضَهُنَّ بالقُرْعَة فيه وجْهَانِ:

أحدهما: لا، ولو فَعَلَ لَزِمَه القضَاءُ؛ لأنه في حُكْم الإقامة، وليس للمقيم، أن يَخُصَّ بعضَهُنَّ بالصُّحْبة؛ لأن المشقة فيه لا تَعْظُمُ.

والثاني: أنَّه كالسَّفَرَ الطويل؛ لأنَّه أعم وقوعاً، واستصحابُهُنَّ فيه أغْلَبُ، والأول هو المذكور في الكتاب، والثاني، أصحُّ عند صاحب «التهذيب» والتتمة وغيرهما، والرابع، أن لا يعزم على الإقامة، ولا يقيم فلا يقضي للمخلفات المُدَّة الَّتي سافر فيها أمَّا إذا صَار مُقِيماً فاْعلم أنَّا ذَكَرْنا في «باب صلاة المُسَافِرِينَ» أن السفر يَنْتَهِي[1] بأمور:

أحدها: العَوْد إلى الوَطَن، وفي معناه البُلُوغ إلى المَقْصِدِ الَّذي لم يعزم على الإِقامة فيه أربعةَ أيَّام فصاعداً. ولا ينتهي ببلوغ المَقْصِدِ الَّذي لم يعزم على الإِقامة فيه هذه المدَّة على الأصح.

والثاني: أن يعزم على الإِقامَةِ في بَلْدة أو قرية إلَيْها في طريقه أربعة أيام أو أكثر.

والثالث: أن يقيم مُدَّةَ أربَعَةِ أيَّام لشغل ينظر أهو مما يتوقع تنجزه لَحْظَةً فلَحْظَةً، وهو على أن يرتحل متى تنجز أو مما يعلم أنَّه [لا][2] ينجز في أربعة أيام، وفي الحالين اختلافٌ طويلٌ مذكورٌ في «صَلاَةِ المُسَافِرِينَ».

---

(١) في ز: منتهى.

(٢) سقط في ز.

إذا تذكرت ذلك فإذا انتهى إلى مقصده الَّذي كان عَزَم على الإقامة به أربعةَ أيّام أو أكْثرَ، أو عزم عليها عندما انتهى إلَيْه، فيقضي مُدَّةَ إقامَتِهِ، وفي مدة الرجوع وجْهَان: أشبههما [أنّه] لا يقضي؛ لأنه خرج بالقرعة والخروج يعقبه الرجوع فكما لا يقضي مدة الذهاب لا يقضي مدة الرجوع.

والثَّانِي: أنَّه يجب القضاء؛ لأن السَّفَر قد انْقَطَعَ بالإِقَامَة، وهذا كسفر بغَيْر قُرْعة، وصور الشيخ الزاز فيما إذا قد سافر للتجارة ثم عزم على إقَامَةِ النُّقْلَةَ وحكى فيه الوجْهَيْن هذا في عزم الإِقَامَة، وأمَّا نفس الإقامة[1] فعن كلام الإِمَام: أنه لا يلزمه القَضَاء بإقامَةِ يَوْم واحدٍ؛ لأن القضاء إنما يَجِبُ إذا فازت المستصحَبَةُ بصُحْبَتِه من غَيْر أن تَتَحَمَّل مَشَقَّة السَّفَر، وباليَوْم الوَاحِدِ لا ترتفع المشقة، ولا تحصل الدَّعَة والرفاهية، وهذا قوْله في الكتاب: «وَلاَ يَلْزَمُهُ القَضَاءُ بِإقَامَةِ يَوْم وَاحِدٍ وإن كان يمتنع به الترخص» وامتناع الترخص بإقامة اليَوْم الواحد يُمْكِنُ فرْضُه فيما إذا انتهى إلى مقصده الذي كان قد عزم على الإقامَةِ فيه أربعةَ أيَّام أو أكثرْ، وفيما إذا أقام لشُغْلٍ ليرتحل مهما تنجز فينجز وأقام بعد ذلك يوماً ثم في الصُورَتَيْنِ إقامَةُ ما دون اليَوْم كإقَامَةِ اليَوْم، فيكون ذلك اليَوْمُ عَلَى سَبِيل التَّمْثِيلِ، فهذا ما يشتمل عليْه الكتَابُ، وكلام الإمام فيه ما يُفْهِمُ وجوب القَضَاء، ولو زادت إقامته على يَوْم واحدٍ لكن الدعة والرفاهية لا تكاد تَحْصُلُ باليوم الواحد، ولذلك احتملنا ثلاثة أيَّام على الْوَجْهِ المذكور في «صَلاَةِ المُسَافِرِينَ» والأقرب ما أورده صاحب «التَّهْذِيبِ» فقالَ: «ولو حمل بعضهن بالقرعة وزاد مقامه [في بلدٍ] على مقام المسافرين يجبُ عَلَيْهِ أن يقْضِيَ ما زاد على مقام المسافرين» هذا لفظه، وفيه تسوية بينَ ما نَحْنُ فيه وبين الترخُّص بالقَصْر، والله أعلم. وإن أقام لِشُغْلٍ يتوقع تنجزه فالخلاَفُ في القضاء، كالخِلاَف في الترخص.

قال في «التَّتِمَّة»: إن قلْنَا: يترخص فلا يَقْضِي؛ لأنا لم نحكم بإقامته، وإن قُلْنَا: لا يترخَّصُ، فيقضي ما زاد على مدَّة المسافرين، وهٰذَا يؤيد التَّسْوِيَة بَيْن الأصلين، والقِيَاسُ في مدَّة الرُّجُوع في هذه الحالة أن يقال: إنْ لَمْ نوجبِ القضاء لِمُدَّة هذه الإِقَامَة، فلا يقضي مدة الرُّجُوع وإن أوجبنا القضاء، ففي قضاء مدة الرُّجُوع الوَجْهَانِ السابقانِ؛ لانقطاع السفر الأول.

والأظهر من الخلاف في الترخص ـ أنه إن كان يتوقع تنجز الشغل لحظةً فلحظةً أن يترخص إلى ثمانية عَشَرَ يَوْماً، وإن كان يعلم أنه لا ينجز في أربعة أيام ألاَّ يسترخص أصلاً، وقد ذكرْنَا ذلك في موْضِعِه، وقَوْلُهُ في الكتاب فَصَارَ سقوط القَضَاءِ عَلَى خِلاَفِ

---

(١) يعني إن لم ينوِ الإقامة وأقام. كما في الروضة.

القِيَاسِ مِنْ رُخَصِ السَّفَرِ، أي على خلاف قياس الحضر؛ فإنّه لا يجوز تخصيص بَعْضِهِنَّ بالقُرْعَة، وليس ذلك على خلاف القياس مُطْلَقاً، لأن المصاحبة في السفر مصاحبةٌ في حال تعب وَمَشقَّة، ولا يكاد يكمل فيه الأُنس والسكن، فلو قضى بعد الرجوع وقع القَضَاء في حال الدعة والرفاهية، وَذَلِكَ بَعيد عن العَدْل والتسوية، ويمكن أن يُعَلِّم قوله: «سقوط القضاء».

وقولُه: «أَنْ يَقْرَعَ أَوَّلاً» بالحاء لِمَا حَكَيْنَاه من الرِّوَايَات المضطربة، ويُعَلِّمَ قولُهُ: «أن يَقْرَعَ» بالميم أَيْضاً، وَقَوْله «وأن لا يعزم على النُّقْلة» معلم بالواو؛ للوجه الذي ذكرنا في سَفَر النُّقْلَة، وكذا قَوْلُهُ: «وأن يكُونَ السَّفَرُ طويلاً مُرَخَّصاً للوجه الذاهب إلى أنه لا فَرْقَ بين الطويل والقصير، وقولُهُ: «مُرَخَّصاً» يقتضي وُجُوبَ القضاء في سفر المعصية.

وقوله: «ليكون فوزها في مقابلة تعبها» يعني التعب اللاحق في السفر الطويل ويشير به إِلَىٰ أَنَّ القصير لا تَعْظُمُ فيه المَشَقَّةُ.

وقوله: «ولا يجوز له أن يعزم على النُّقْلَة» أي يسافر على عزم النُّقْلَة، والمراد من تَخْلِيفِ[1] النِّسَاء ألاَّ ينقُلَهُنَّ بنَفْسِهِ ولا بوكيل ويكون إعلامُه بالواو لمَا تَقَدَّمَ.

فُرُوعٌ: لو استصحب واحدة بالقُرْعَة ثم عَزَمَ على الإِقَامَةِ في بَلَد، وكتب إلى البَاقِيَاتِ يستحضرهن ففي وجوب القضاء من وَقْت ما كَتَبَ إِلَيْهِنَّ وجْهَانِ حكاهما صاحب «التَّهْذِيبِ»[2] وفي «فتاويه»: أنّه لو نوى المقام في بَلَدٍ قيل أن يصل إلى مقصوده يقضي مدة مقامه في ذلك البلد، وهل يقضي مُدَّة ذَهَابِهِ إِلَى المَقْصِدِ بعد ذلك يحتمل أن يَكُونَ على وَجْهَيْن كَمَا في مُدَّة الرجوع ويحتمل أن يُقَال: يقضي قطعاً[3] وأنه إذا استصحب واحدة بلا قرعة قضى للباقيات جميع المدة وإن كان لا يبيت معها إلاّ إذا تركها في بلد وفارقها ويحتمل أن يقال لا يقضي إلاّ ما بات عِنْدَهَا، ويحتمل أن يقال: يقضي وإن خلفها في بَلَدٍ[4]، وفيما علّق عن الإمام ذكر وجهين فيما إذا اَسْتَصْحَبَ واحدة بالقرعة[5] في سَفَر النُّقْلَة وأوجَبْنَا القضاءَ هَلْ يخرج عن الظُّلْم بتغير عزم النُّقْلَة أو يستمر حُكْمُه إلى أن يرجع إلى المُخَلَّفات[6]؟!.

---

(١) في ز: يخلف.

(٢) قال الشيخ البلقيني: لم يرجحا شيئاً، والأصح بل الصواب وجوب القضاء.

(٣) قال الشيخ البلقيني: ويحتمل أن يقال لا يقضي قطعاً نظراً إلى حكم القصد الأول.

(٤) قال الشيخ البلقيني: الاحتمال الثاني هو الأصح.

(٥) في ز: القرعة.

(٦) قال الشيخ البلقيني: الأرجح استمرار حكم وجوب القضاء إلى أن يرجع؛ لأنها لم تقرع في سفر غير النقلة.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَلَوْ عَزَمَ عَلَى الإِقَامَةِ أَيَّاماً ثُمَّ أَنْشَأَ سَفراً آخَرَ لَمْ يَكُنْ عَزَمَ عَلَيْهِ أَوَّلاً لَزِمَهُ قَضَاءُ تِلْكَ الأَيَّامِ، وَإِنْ كَانَ قَدْ عَزَمَ عَلَيْهِ فَفِيهِ وَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ عَلَى أَيَّامِ الرُّجُوعِ، وَأَوْلَى بِوُجُوبِ القَضَاءِ، وَلَوْ سَافَرَ بِاثْنَتَيْنِ عَدَلَ بَيْنَهُمَا بِالسَّفَرِ، وَإِنْ ظَلَمَ إِحْدَاهُمَا قَضَى لَهَا إِمَّا فِي السَّفَرِ أَوْ فِي الحَضَرِ، وَلَهُ أَنْ يُخَلِّفَ إِحْدَاهُمَا فِي بَعْضِ المَنَازِلِ بِالقُرْعَةِ، وَلَوْ نَكَحَ فِي الطَّرِيقِ جَدِيدَةً خَصَّهَا بِثَلاَثِ لَيَالٍ أَوْ سَبْعٍ ثُمَّ عَدَلَ بَعْدَهُ بَيْنَهُنَّ، وَلَوْ خَرَجَ وَحْدَهُ وَنَكَحَ فِي الطَّرِيقِ جَدِيدَةً لَمْ يَلْزَمْهُ القَضَاءُ لِلْمُخَلَّفَاتِ، وَلَوْ كَانَ تَحْتَهُ زَوْجَتَانِ فَنَكَحَ جَدِيدَتَيْنِ وَسَافَرَ بِإِحْدَاهُمَا بِالقُرْعَةِ انْدَرَجَ حَقُّ الجَدِيدَةِ فِي أَيَّامِ السَّفَرِ، فَإِنْ عَادَ قَضَى حَقَّ الجَدِيدَةِ المُقِيمَةِ بِسَبْعٍ أَوْ ثَلاَثٍ، وَقِيلَ: بَطَلَ أَيْضاً حَقُّهَا لانْقِضَاءِ الوَقْتِ مِنْ أَوَّلِ الزِّفَافِ.

قال الرَّافِعِيُّ: فيه صورتان:

إحداهما: لو سافر باثنتين بالقُرْعَة، عَدَلَ بينهما، فإن ظَلَم إحداهما، قضى لها في السفر، وإنْ لَمْ يتفقْ، قَضى في الحَضَر من نَوْبَة الَّتي ظلمها بها، ولو استصْحَبَ واحدةً بالقُرْعَة، وواحدةً بلا قُرْعَة، فيعدل بينهما أيضاً، ثم إذا رَجَع، قضى لمن خَلَّفَهَا من نَوْبَة التي استصحبها بلا قرعة، ولا تخص مُدَّة السَّفَر لِمَنِ استصحبها بالقُرْعَة وإنما يكون كذلك إذا لم يكن معها غيْرَهَا ولو كانت إحدى المستصحبتين جديدة لم يقضِ حق زفافها فيقضيه ثم يسوي بينهما، وَلَوْ أراد تَخْلِيفَ واحدةٍ في بعْضِ البلاد، فلَهُ ذلك، ولَكِنْ بالقُرْعَةِ، ولوْ نَكَح في الطَّريق جديدَةً فَيَقْضِي حَقَّ زَفَافِهَا ثُمَّ يُسَوِّي بيْنَهَا وبَيْنَ المستصحبات، ولا يلزم القَضَاء للمُخَلَّفَات ولو خرج وحده ونكح في الطريق جديدة فكذلك لا يلزم القضاء للمخلفات، وهذا في مدة السفر فأما إذا نَوَى الإِقَامَة في مَوْضِعٍ أو أقام أياماً، فيقضي في الصُّورَتَيْنِ ما وراء حَقِّ الزفاف، وفي مدة الرجوع الوَجْهَانِ

الثانيةُ: تحته زوجَتَانِ فنكح جديدتَيْنِ وسافر بإحداهما بالقُرْعَة: فيندرج حق زفافها في أيام السفر؛ لأن المَقْصُود من زيادة المقام مع الجديدة زوالُ الحِشْمَة وحصولُ الانْبِسَاطِ، وقد حَصَل ذلك في السفر، وإذا عاد، فهل يوفي حَقَّ الأخرى بثلاثٍ أو سبعٍ فيه وجْهَان:

أظهرهما: ـ ويَحكى عن أبي إسحاق وابن أبي هريرة: ـ نَعَمْ؛ لأنَّه حق ثبت قبل المسافرة، فلا يسقط بالسَّفَر، كما لو قسم لبعض نسائه دون بعض، وسافر، فإنَّه بعد الرُّجُوع يقضي لِمَنْ لم يقسم لَهَا.

والثَّاني: ويحكى عن ابن سُرَيْج ـ لاَ، كما لو سَافر بإحْدَى القديمتَيْنِ لا يقضي للأخرى، ولأن حق الجديدة، يتعلق بأول الزفاف، وقد مضى، ولو نكح اثنتين وزُفَّتَا إلَيْهِ معاً فَسَافَرَ بإحْدَاهما بالقُرْعَة، فالحُكْم كذلك فلو كانَتَا بِكْرَتَيْن فَرَجَعَ بَعْدَ ثلاثة أيام

قال القاضي ابن كج: على الوجْه الأول يتم لَهَا السَّبْع ثم يوفي[1] الأخرى سَبْعاً وعلى المَنْسُوب إلى ابن سريج، يتم لها السَّبْع، ويبيت عند الأخرى أربعاً، ويبطل ما جَرَى في السفر، ولو نَكَح جديدةً على قديمةٍ وسَافَرَ قبل أن يُوَفِّيَ حقَّ الزفاف بواحدة منْهما بالقُرْعَة فإنْ سافر بالقديمَةِ، وَفَّىٰ عند الرجوع حَقَّ الجديدة، نَصَّ عليْه ويجيء فيه الوجْه الآخَرُ، وإن سافر بالجديدة، انْدَرَجَ حقُّ الزفاف في أيام السفر، ويفارق اندراج حقِّ الزفاف في هذه الصورة ما إذا ظَلَمَ واحدة، ثم سافر بالمظلومةِ بالقُرْعَةِ، لا يَنْدَرِجُ حقُّ القضاء في أيام السفر؛ لأنَّ القضاء إنما يَجبُ في نوبة الضَّرائر وأيام السفر [حقٌّ][2] لها خاصَّةً، فلا يحسب عن القضاء وحق الزفاف يثبت للجديدة؛ لا في حق الضرائر فيحسب من أيام السفر حتَّى لو سافر بالمَظْلُومة بلا قُرْعة يندرج أيام القضاء في أيام السفر؛ لأن أيام السفر ـ والحالةُ هَٰذِه ـ غيرُ مستحَقَّة لها، وقد عَرَفْتَ بما أوردناه أن قوله في الكتاب: «قَضَى لَهَا إمَّا في السَّفَرِ أَوْ في الحَضَرِ» ليس تخيراً بل يقضي في السَّفَر مبادرةً إلى قَضَاءِ ما عَلَيْهِ ولأنَّه أَقْرَبُ إلى العَدْل للتفاوت بين الصُّحْبَة في السَّفَر والصحبة في الحَضَر، فإن لم يتفق فيقضي في الحَضَر، وأنَّ قوله: «لَمْ يَلْزَمْهُ القَضَاءُ للمُخَلَّفَاتِ» أي في مدة السَّفَر أما إذا أقام فيقضي.

وقوله: «بطل أيضاً حقها» أراد به لا يُوفِي لَهَا حقَّ الزفاف، كما لا يوفي للتي سافر بها، [وإلاَّ فحقها] صار مُوفَّى لا باطلاً، حتى يقول: يبطل [حق هذه] أيضاٍ ونختم الكَلاَم في القَسْم بصور حكى أبو عبد الله الحناطي وجْهَيْن فيما إذا كانت تَحْتَهُ زوجتان، ولَهُ إماء هل له أن يسافر بواحدة من الإماء من غير قُرْعَةٍ؟ ونسب المنع إلى ابن أبي هريرة، والجَوَاز إلى أبي إسحاق وهو قياس أصل القَسْم[3].

وفي «فتاوى الشيخ الفَرَّاء»: أن حَقَّ الزِّفَاف إنما يثبت لِلَّتِي نَكَحَهَا إذا كانت في نكاحه أُخْرَى يبيت عندَهَا، فإن لم يَكُنْ في نكاحه أخْرَى أو كانَتْ وكان لا يبيت عندها، فلا يثْبُتُ حقُّ الزِّفَاف كما لا يجب على الرَّجُل أن يبيت عند زوجته أو زوجاته، وأنه لو نكح امرأتين وليست عنده امرأة أخرى، ففي ثبوت حق الزفاف وجْهَانِ:

أظهرهما: وهو الذي أوردْنَاهُ مِنْ قِبَلِ أنَّه يثبت لها حَقُّ الزِّفَاف.

والثاني: أنهما إن كانتا بِكْرَيْنِ أو ثيبتين لم يكن لها حقُّ الزِّفَاف، فإن أراد أن يبيت عندَها فَعَلَيْهِ التَّسْوِيَةُ وإنْ كَانَتْ إحداهما بكراً والأخرى ثَيِّباً فيخص البِكْر بأربع ليال، ثم يسوي.

---

(١) في ز: للأخرى

(٢) سقط في ز.

(٣) قال النووي: الجواز هو الصحيح

وأنه لو سافر بإحدى زَوْجَاتِهِ بالقُرْعة ثم نَكَحَ في السَّفَر جديدة، ومنعها حقَّ الزِّفَاف ظُلْماً وباتَ عنْدَ القديمة سبْعاً، وعاد إلى البَلَد قبل أن يَقْضِي للجديدة حقَّ الزِّفَاف [فيوفيها حق الزفاف](١) ثم يدور على المُخَلَّفَات والجديدة فيقضي لها من يوم القديمة الَّتِي كانَتْ مَعَهُ في السَّفَر، وذلك بأن يبيت عند كُلِّ واحدةٍ من المُخَلَّفَات ليلةً وعنْدَ الجديدةِ ليلَتَيْنِ إحداهما لها والأخرى نوبة التي ظلمها بسببها، هكذا يفعل إلى أن يتم لَهَا السَّبع، وكذا لَوْ كَانَتْ تَحْته ثلاثٌ وَنَكَحَ جديدةً ولم يُوَفِّهَا حقَّ الزِّفَاف، بل بات عند واحدة من الثلاث عَشراً ظُلْماً، فعليه أن يوفي حق الجديدة، ثم يدور علَيْهَا وعلى المظلومتين، حتى يتم لكلِّ واحدةٍ عَشراً واللَّهُ أعْلَمُ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **(الفَصْلُ السَّادِسُ فِي الشِّقَاقِ): وَلَهُ ثَلاَثَةُ أَحْوَالٍ: (الأُولَى): أَنْ يَكُونَ النُّشُوزُ مِنْهَا فَلَهُ الْوَعْظُ أَوْ مُهَاجَرَةُ المَضْجَعِ أَوِ الضَّرْبُ فَإِنْ عَلِمَ أَنَّ الوَعْظَ لاَ يَنْجَعُ كَانَ لَهُ البِدَايَةُ بِالضَّرْبِ، فَإِنْ أَفْضَى الضَّرْبُ إِلَى تَلَفٍ فَعَلَيْهِ الغُرْمُ بِخِلاَفِ الوَلِيِّ فَإِنَّهُ يُؤَدِّبُ الطِّفْلَ لاَ لِحَظِّ نَفْسِهِ، وَإِنَّمَا تَصِيرُ نَاشِزَةً بِالمَنْعِ مِنَ المُسَاكَنَةِ وَالاسْتِمْتَاعِ بِحَيْثُ يَحْتَاجُ إِلَى تَعَبٍ فِي رَدِّهَا إِلَى الطَّاعَةِ، وَحُكْمُ النُّشُوزِ سُقُوطُ النَّفَقَةِ، فَلَوْ مَنَعَتْ غَيْرَ الجِمَاعِ مِنَ الاسْتِمْتَاعِ احْتَمَلَ أَنْ يَسْقُطَ مِنَ النَّفَقَةِ بَعْضُهَا كَمَا ذَكَرْنَا فِي الأَمَةِ إِذَا سَلَّمَتْ إِلَى الزَّوْجِ لَيْلاً وَمَنَعَتْ نَهَاراً.**

قال الرَّافِعِيُّ: والشِّقَاق بَيْن الزَّوْجَيْن قد يعرف ويظهر سببه، وذلك إمَّا بأن تَنْشُزَ المرأة وتتعدى، أو بأن يتعدى الرَّجُل، وقد لا يظهر ويشكل الحال في أن التعدي من أيهما أو هو منهما فهذه أحوال ثلاثة:

الحال الأولى: أن تتعدى المرأة والقرآن. بعرض لِثَلاَثَةِ أُمُورٍ في نُشُوزِ المرأة وَتَعَدِّيهَا الوَعْظَ والهِجْرَانَ، والضَّرْبَ قال الله تعالى: **﴿وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهْجُرُوهُنَّ فِي ٱلْمَضَاجِعِ وَٱضْرِبُوهُنَّ﴾** [النساء: ٢٨] والمراد من الوعظ أن يخوفها بالله تعالى ويقول لها: اتَّقِي اللَّهَ في الحَقِّ الواجب عليك، واحْذَرِي العُقُوبَةَ ويبين لها أن النشوز يُسْقِط النفقة وحقَّ القَسْم، فقد تتأدب بذلك، والهِجْرانُ المعتبر هو الهِجْرَانُ في المَضْجَع، وله أثَرٌ ظاهِرٌ في تأدب النساء، وأما الهجرانُ بالكَلاَم ففي «الحلية» للقاضي الرُّوَيانِيِّ أن في ضمن هجرانها في المضجع الامتناعَ عن الكلام(٢)؛ وهذا إن أراد به الامتناع من الكلام في تلْكَ الحالة، فهو قريب، وإن أراد الامتناع المُطْلَق، فهو غريب، والمشْهُورُ المَنْع من الهِجْرَان بالكلام، وفيما علّق عن الإمام حكايَةُ وَجْهَيْنِ في أنَّه محرمٌ أو مكروهٌ قال: والذي عِنْدِي أنَّه لا يحرم الامتناع من الكلام ابتداءً، نَعَمْ، إذا كُلِّمَ فعليه أن يُجِيبَ، وهو بمثابة ابتداء السلام، والجواب عنه، ولِمَنْ ذَهَبَ إِلَى التَّحْرِيم أن يَقُولَ:

---

(١) سقط في ز.
(٢) في ز: فإن.

الامتناع من الكَلاَم، لا يحرم، إذا لم يَكُنْ على قَصْدِ الهِجْرَانِ؛ لكنّه إذا قَصَد الهِجْرَان يجوز أن يثبت التَّحْرِيمَ؛ أَلاَ تَرَى أن الشَّيْء الَّذي يمتنع على قصْد الحِدَاد قد يحرم وإن كان لا يحرم لو امتنع لا على هذا القصد، وقد حكي عن النص أنَّه لو هَجَرَها بالكلام لم يَزِدْ على ثلاثَةِ أيَّام، فإن فعل أَثِمَ[1]، وهذا ترخيص في هِجْرَان الكَلاَم بالقدر المَذْكُور، وتأثيم فيما زَاد عَلَيْهِ، وأما الضَّرْب فهُوَ ضَرْبُ تأديب وتعزير، وَقَدْره يتبيَّن في بابِهِ ـ إن شاء الله تعالى ـ وينبغي ألا يكون مُبَرِّحاً ولا مُدْمِياً وألاَّ يقع على الوجه، والمقاتل إذا أفضى إلى تَلَفٍ، وجب الغرم؛ لأنَّه تبين أنَّه إتْلاَف لا إصْلاَح.

وقَوْلُهُ في الكتاب: «بِخِلاَفِ الوليِّ فَإِنَّهُ يُؤَدِّبُ الطِّفْلَ لاَ لِحَظِّ نَفْسِهِ» ظاهر في أن الوَلِيَّ لا غرم عليه إذا تَوَلَّدَ مِنْ ضَرْبِهِ للصَّبِيِّ تَلَفٌ، لكنه غَيْر مساعد عَلَيْه، كما سيأتي في موضعه ـ إن شاء الله تعالى ـ نَعَمْ، ذَكَرُوا أنَّ الزَّوْج وإنْ جاز لَهُ الضَّرْب فالأَوْلَىٰ أن يَعْفُوَ ويُعْرِض عنه والوليُّ لا يعرض عن ضرب التأديب عند الحاجة، فإن المَصْلَحَةَ تَرْجِع إلى الصَّبِيِّ، وقد وَرَدَ في الخَبَر النَّهْيُ عن ضَرْب الزوجات، وأشار الشافعي ـ رضي الله عنه ـ إلى احتمالَيْنِ:

أحدهما: أنَّه منسوخٌ إما بالآية أو بما ورد من الإذن بضربهن.

والثاني: حمل النَّهْي على الكراهية، أو على أن الأَوْلَىٰ التحرُّزُ عنه ما أمْكَنَ، وقَدْ يحمل المَنْع على الحَالَةِ الَّتي لم يوجَدِ السَّبَب المجوز للضرب[2]، إذا عرف ذلك فَلِتَعَدِّي المرأة ثَلاَث مَرَاتِبَ:

إحْدَاها: أن يُوجَدَ مِنْهَا لأمارات النُّشُوزِ قَوْلاً أو فِعْلاً، فالْقَوْلُ مثل أن تُجِيبَهُ بالكَلاَم الخَشِنِ والقَبِيح بَعْد ما عَهِدَ منها خلاَف ذلك والفِعْل مثْل أن يجد منْها إعراضاً

---

(١) قال النووي: الصواب، الجزم بتحريم الهجران فيما زاد على ثلاثة أيام، وعدم التحريم في الثلاثة؛ للحديث الصحيح «لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث». قال أصحابنا وغيرهم: هذا في الهجران لغير عذر شرعي، فإن كان عذر، بأن كان المهجور مذموم الحال لبدعة أو فسق أو نحوهما، أو كان فيه صلاح لدين الهاجر أو المهجور، فلا تحريم. وعلى هذا يحمل ما ثبت من هجر النبي ﷺ كعب بن مالك وصاحبيه، ونهيه ﷺ الصحابة عن كلامهم، وكذا ما جاء من هجران السلف بعضهم بعضاً. والله أعلم.

وقال الشيخ البلقيني: الصواب عدم الجزم بالتحريم فيما زاد على ثلاثة أيام في صورة الزوجة التي ظهر منها النشوز فإن النووي نقل من زيادته عن الأصحاب أن هذا في الهجران بغير عذر شرعي إلى آخره وهذا في صورة الزوجة موجود فإنه من الأعذار الشرعية المسوغة لذلك لإزالة الضرر. انتهى.

وما ذكره الشيخ داخل في كلام الروضة والتقرير الذي ذكره الشيخ يعلم من كلام صاحب الروضة.

(٢) قال النووي: هذا التأويل الأخير هو المختار، فإن النسخ لا يصار إليه إلاَّ إذا تعذر الجمع وعلمنا التاريخ. والله أعلم.

وكراهةً وعُبُوساً بعْد ما عهد التَّلَطُّفَ وطلاقةَ الوَجْه، ففِي هَذه المَرْتَبَة لا يَهْجُرُها، ولا يضربُهَا بل يقتصر على الوَعْظِ فلعلَّها تُبْدِي عُذْراً أو تَتُوب عمَّا جرى من غير عُذْر.

والثَّانِيَةُ: أنْ يَتَحقَّق منها النُّشوز، ولكنَّه لا يَتَكَرَّر ولا يَظْهَرُ إضْرَارُهَا عَلَيْهِ فله الوَعْظُ.. والمهاجرة في المَضْجَع وفي الضرب قَوْلاَن:

أحدهما: ويُحْكَىٰ عن نصه في «الأمِّ» وبِهِ قَالَ أَحْمَدُ [رحمه الله]: لا يجوز؛ لأن الجناية لم تتأكد، وقد يكون ما جرى لعارض(١) قريب الزوالِ، لا يحتاج إلى التأديب بالإيلام والتشديد.

والثاني: أن له الضَّرْبَ لحُصُولِ النشوز، كما لو أصرت علَيْه، وميل ابن الصباغ إلى الثَّانِي وساعده الشَّيْخ أبو إسْحَاق الشِّيَرَازِيُّ، ورجَّح الشَّيْخ أبو حامد والمحاملي الأوَّلَ فمن قَالَ بالأوَّل جَعَلَ في الآية احْتمالَيْنِ، وقال: المعنى ﴿**وَالَّلاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ**﴾ [النساء: ٣٤] فإن نشزن فاهجروهن في المضاجع، فإن أصررن، فاضربوهن، ومَنْ قال بالثَّاني قال: الخوْفُ بمعنى العِلْم كقوله تعالى: ﴿**فَمَنْ خَافَ مِنْ مُوصٍ جَنَفاً أو إثماً**﴾ [البقرة: ١٨٢] وإذا عَلِمَ النُّشوزَ حَلَّ له الوعْظُ والمهاجرةُ والضَّرْب جميعاً، فأوَّلَ الخَوْفَ، واسْتَغْنَىٰ عن الإضمار.

والثالثةُ: أن يحصل التَّكْرَار والإِضْرَار فلَهُ مع الوَعْظ والهجران الضَّرْب بلا خِلاَفٍ، هذه هي الطريقة المعتدة في المراتب الثلاث، وعليها الاعتماد، ونقل القاضي ابن كج أنَّه إن ظهر النشوز، فللزوج الوَعْظ والهجران والضَّرْب يجمع بينهما، ويفرق على بحسب اجتهاده، كما يجتهد للحاكم في التعزيرات فإن خاف النشوز فَقَوْلاَنِ:

أحدهما: أن الجواب كذلك لظاهر الآية.

والثاني: أنه لا يزيد على الوَعْظ، ولم يتعرَّضْ للفرق بَيْن الإِضْرَار وعَدَمِهِ ونَقَل الحناطِيُّ نَحْواً منه في حالَةِ الخَوْف وفي حَالَة ظُهُور النُّشُوز ثَلاَثَة أقوال:

أحدها: أنَّ له الجَمْع بين الوَعْظ والهَجْر والضَّرْب.

والثاني: يخير بينها ولا يجمع.

والثالث: أن الأمر على الترتيب، فيعظ أوَّلاً، فإنْ لم تَتَّعِظْ هَجَرَهَا، فإن لم تَنْزَجِرْ ضَرَبَهَا، وحَكَى صَاحب الكتاب في «الوسيط» الخِلاَفَ في الجَمْع والترتيب، عند حُصُولِ النُّشُوزِ قال: والصحيحُ أنَّه إن غَلَبَ على ظَنِّه أنَّها تنزجر بالوعظ والمهاجرة لاَ يَجُوزُ [له ضرب]، وإن علم أنَّها تنزجر فله الضرب أي ابتداء وحاصله تفصيل في وجوب الترتيب.

---

(١) في ز: بعارض.

وقولُه في الكتاب: «فَلَهُ الوَعْظ أو مهاجرةُ المَضْجَع أو الضَّرْب» أراد به ذلك التفصيل الذي اختاره، وإن كان الظاهر لفظ التخيير، يوضِّحُه قولُهُ بعده: فإنْ عَلِمَ أن الوعظ لا ينجع كان له البداية بالضَّرْب»، وقوله: «ينجع» لا أي لا يؤثر، ولا يفيد، يقال: نَجَعَ فيه الخِطَاب، والوَعْظ ينجع، ويجُوزُ أن يعلَّمَ قوله: «أو الضرب» بالوَاوِ وكذا قوله: «كان له البداية بالضَّرْبِ» لأنَّهُ علق الضرب بمطلق حصول النشوز، وقد ذكرنا أن على قول يشترط فيه الإِضرَار والتَّكرار، ثم تكلَّم في الكتاب في أن المرأة بم تصير ناشزة فالخروج عن المسكن والامتناع من مساكنة الزوج نشوزٌ والمَنْع من الاستمتاع، بحيث يحتاج في رَدِّهَا إلى الطَّاعَة إلى تعَبٍ نُشُوزٌ ولا أثَرَ لامتناع الدَّلاَل وَلَيْسَ من النُّشُوز الشَّتْم وبَذَاءَة اللِّسَان، ولكنَّها تَأْثَم بإيذائه وتستحق التأديب عليه، وذكر وجهين في أن الزَّوْج يؤدبها أم يرفع[1] الأمر إلى القاضي؟.

والوجْهُ الثَّاني: أن الزوج فيما وراء المساكنة والاستمتاع؛ كالأجنبي، والأوَّل بأن ذلك تنغيص للعيش وتكدير للاستمتاع فهي كالممتنعة من الاستمتاع ولو مكنت من الجماع ومنعت من سائر الاستمتاعات، فهل هو نُشُوزٌ مُسقِطٌ للنفقة؟ فيه وجهان[2]: قربا من الخلاف فيما إذا سلم السيد الأمة إلى الزَّوْج ليْلاً واستخدمها نهاراً، وبالمنع أجاب بعض أصحاب الإمام.

وقَوْله في الكِتَاب: «احتمل أن يسقط كما ذكرنا[3] في الأمة» إشَارة إِلَى هَذَا الخِلاَفِ، وفي بعض النُّسَخ، «احتلم أن يسقط من النفقة بَعْضَها»، والأول أَوْلَى؛ لأنه يوافق لفظه في «الوسيط»، ولأن التبعيض في مسألة الأَمَة مأخوذ من تشطر الزمان، وليس للتبعيض ها هنا مأخذ معتمد.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الحَالَةُ الثَّانِيَةُ): أَنْ يَكُونَ العُدْوَانُ مِنْهُ بِالضَّرْبِ وَالإِيذَاءِ فَيُحَالُ بَيْنَهُمَا حَتَى يَعُودَ إِلَى العَدْلِ.

قال الرَّافِعِيُّ: إذا كان التعدِّي من الرَّجُل، نُظِرَ إن كان يمنعها شَيْئاً من حَقِّهَا؛ كنَفَقَةٍ أو قَسْم ألزمه الحاكم توفية حقِّها، وإن كان يُسِيْء الخُلُق ويؤذيها ويَضربها بلا سبب، ففي «التتمة» أن الحاكم يَنْهَاهُ عَنْه، فإن عاد عَزَّرَهُ وفي «الشَّامِل» وغيره: أنَّه يسكنهما إلى جنب ثقة يطلع على حالهما ويمنعه من التعدِّي، والكلامان متقاربان،

---

(١) في ز: أن.

(٢) قال النووي: أصحهما نعم. والأصح من الوجهين في تأديبها، أنه يؤدبها بنفسه؛ لأن في رفعها إلى القاضي مشقة وعاراً وتنكيداً للاستمتاع فيما بعد، وتوحيشاً للقلوب، بخلاف ما لو شتمت أجنبياً.

(٣) سقط في ز

وذكروا أنَّه لو كان التعدِّي منهما جميعاً فكذلك يفعل الحاكم فلم يتعرضوا للحيلولة، قال[1] صاحب الكتاب [قدَّس الله رُوحَه]: «يُحَالُ بينهما حَتَّى يعُودَ إلى العَدْل»، قال في «الوسيط»: «ولا يعتمد قوله في العَوْد إلى العَدْل، وإنما يعتمد قَوْلُهَا وشهادةُ القرائن وإن كان لا يمنعها شيئاً من حقها ولا يؤذيها بضَرْب ونحوه ولكن يَكْرَهُ صحبتها لمرض أو كِبَرٍ ولا يدعوها إلى فراشه أو يهم بطلاقها فلا شَيْءَ عَلَيْهِ، وحسن أن تسترضيه بترك بعض حقها من القَسْم أو من النفقة؛ لما[2] روي أن النَّبِيَّ ـ ﷺ ـ هَمَّ بِطَلاَقِ سَوْدَةَ فَوَهَبَتْ نَوْبَتَهَا لِعَائِشَةَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا[3]، وقال تعالى: ﴿وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنۢ بَعْلِهَا نُشُوزاً أَوْ إِعْرَاضاً﴾ [النساء: ١٢٨] وكذلك لو كانت الزوجة تشكو زوْجَهَا وتكرهه، فيحسن أن يَبَرَّها ويستميل قَلْبَهَا بما تيسر له.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **(الثَّالِثَةُ): أَنْ يُشْكِلَ الأَمْرُ فَيَبْعَثَ حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا لِيَنْظُرَا، ثُمَّ الصَّحِيحُ مِنَ القَوْلَيْنِ أَنَّهُمَا وَكِيلاَنِ، وَلاَ يَنْفُذُ تَصَرُّفُهُمَا فِي التَّفْرِيقِ إلاَّ بِالإِذْنِ، وَالقَوْلُ الثَّانِي أَنَّهُمَا مُوَلَّيَانِ مِنْ جِهَةِ الحَاكِمِ حَتَّى يَنْفُذَ طَلاَقُهُمَا وَخُلْعُهُمَا، وَعَلَى هَذَا يُشْتَرَطُ عَدَالَتُهُمَا وَهِدَايَتُهُمَا وَلاَ يُشْتَرَطُ اجْتِهَادُهُمَا وَلا كَوْنُهُمَا مِنْ أَهْلِ الزَّوْجَيْنِ.**

قال **الرَّافِعِيُّ**: إذا نَسَبَ كل واحدٍ من الزوجَيْن الآخر إلى التعَدِّي وقبح السيرة، وسوء الخلق، وأشكل الأمر على الحاكم، فلم يعرف المتعدِّيَ منهما؛ يعرف حالهما من ثِقَةٍ في جوارهما خبير بشأنهما فإن لم يكن أسكنهما بجنب ثقة يَتَفَحَّصُ عن حَالِهِمَا وينهيه إِلَيْه، فإذا تبيَّنَ له الظَّالِمُ مِنْهُمَا منعه من الظُّلْم، هكذا أَطْلَقُوهُ، وظاهره الاكتفاء بقولِ عَدْلٍ واحِدٍ، ولا يصفو ذلك عن الشبهة، وإذا اشتد الشِّقَاق بينهما، وداما على التسابِّ الفاحش، والتضارب، بعث القاضي حَكَما من أهل الزوج وحكماً من أهلها لينظرا في أمرهما ليصلِحَا بَيْنَهُما أو يُفَرِّقَا إذا لم يريا ما بينهما قابلاً للصلاح قال الله تعالى: ﴿فَٱبْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٣٥] الآيَةَ وهل نقول بعث الحكمين واجب لفظ صاحب «التهذيب» أن على الحاكم أن يبعث حكمين وهو مشعر بالوجوب [وقد يحتج له بظاهر الآية وقال القاضي الروياني في «الحلية» المستحب

---

(١) في ز: ذكر. (٢) في ز: كما.

(٣) رواه أبو داود من حديث ابن أبي الزناد عن هشام عن أبيه عن عائشة نحوه وزاد: وفي ذلك أنزل ﴿وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً﴾ الآية، ورواه الحاكم من حديث عائشة أيضاً، وأخرج البيهقي من وجه آخر عن عروة: أن رسول الله ﷺ طلق سودة، فلما خرج إلى الصلاة أمسكت بثوبه، فقالت: والله ما لي في الرجال من حاجة، ولكني أريد أن أحشر في أزواجك، قال فراجعها، وجعلت يومها لعائشة، وهو مرسل، ومثله في معجم أبي العباس الدغولي من طريق هشام الدستوائي عن القاسم بن أبي بزة نحوه.

للحاكم أن يبعث الحكمين][1] ثم المبعوثان وَكِيلاَنِ من جهة الزوجَيْن أم حكمان موليان من جهة الحاكم فيه قَوْلاَنِ:

أصحُهما: وبه قال أبو حَنِيفَةَ وأحمد واختاره المُزَنِيُّ أنهما وكيلان؛ لأن البُضْع حق الزوج، والمال حق الزوجة، وهما رشيدان فلا يولي عليها.

والثاني: أنهما موليان من جهة الحَاكِم ويحكى هذا عن نصه في «الإملاء» وبه قال مالك واختاره ابن المنذر و [الشيخ] أبو إسحاق الشِّيرَازِيُّ؛ لأن الله تعالى سَمَّاهُمَا حكمين والوكيل مأذون ليس بمُحَكَّم، ورُوِيَ عن علي عليه السلام «أنَّه بعث حَكَمَيْنِ، وقال: أتدْرِيَانِ ما عليكما؟ إن رَأَيْتُمَا أن تجمعا فجَمِّعا وَإِنْ رأيتما أن تُفَرِّقا فَفَرِّقا فقالَتِ المرأة: رَضِيتُ بِمَا في كتاب الله عَلَيَ وليِّ، فقال الرجل: أمَّا الفُرْقَة فلا، فقال علي رضي الله عنه وكرّم وجهه: كَذَبْتَ واللّهِ حَتَّى تُقِرَّ بِمِثْل ما أَقَرَّتْ به»[2].

واحتج بهذا الأثر للقول الأول بأنه اعتبر رضاهما وإقرارهما.

والقول الثَّاني: أنَّه يجعل الجمع والتفريق إلى الحَكَمَيْن.

وقوله: «حتى تُقِرَّ» أي ليس لك أن تمتنع، بل عليك أن تنقاد بحكم اللّه تعالى، كما انقادت فعلى القَوْل الأول، يوكل الرجل الحَكَمَ الذي هو من أَهْلِهِ بالطَّلاقِ وبقبول العوض في الخُلْع، والمرأة حكمها ببذل العوض وقبول الطلاق عليه، ولا يجوز بعثهما

---

(١) قال النووي: الأصح أو الصحيح: الوجوب. والله أعلم.
وادعى في «المهمات» أن ما ذكره الشيخ من الوجوب مردود؛ لمخالفته للنص قال في البحر: قال الشافعي، المستحب للحاكم أن يبعث حكماً من أهله وحكماً من أهلها فيحتمل أن يرجع الاستحباب لكونهما من أهلهما قال الشيخ البلقيني: نص الشافعي في «الأم» أظهر في الوجوب مما قاله البغوي فإنه قال رضي الله عنه فإذا ارتفع الزوجان المخوف شقاقهما إلى الحاكم فحق عليه أن يبعث حكماً من أهله وحكماً من أهلها. وساق الكلام على ذلك.
وقد صرح بالوجوب الماوردي في الحاوي وهو مقتضى قول الشافعي رضي الله عنه لما أمر الله تعالى. انتهى.
ووافق الأذرعي على أن ظاهر النص الوجوب، ونقل عن الماوردي ما نقله الشيخ البلقيني، وقال: هو ظاهر كلام الكافي أيضاً.

(٢) ورواه النسائي في الكبرى والدارقطني والبيهقي وإسناده صحيح، وروى عبد الرزاق عن معمر عن ابن طاوس عن عكرمة بن خالد، عن ابن عباس قال: بعثت أنا ومعاوية حكمين، قال معمر: بلغني أن عثمان بعثهما، وقال: إن رأيتما أن تجمعا جمعتما. وإن رأيتما أن تفرقا ففرقا، وعن ابن جريج حدثني ابن أبي مليكة أن عقيل بن أبي طالب تزوج فاطمة بنت عتبة، فذكر قصة فيها: أن عثمان بعث معاوية وابن عباس ليصلحا بينهما.

إلاَّ برضاهما[1]، فإن لم يرضيا، ولم يتفقا على شَيْءٍ أدَّب القَاضِي الظَّالِم، واستوفى حقَّ المظلوم، وعلى القول الثاني، لا يشترط رِضَا الزوجين في بَعْث الحَكَمَيْن، وإذا رأى حَكَمُ الرجل أن يطلق طلق واستقل به، ولا يزيد على طَلْقَة واحدة، ولكن إن راجع الزَّوْج وداما على الشقاق زاد إلى أن يستوفي الطلقاتِ الثَّلاَثَ، وإن رأى الخُلْعَ وساعده حكم المرأة تخالعا، وإن لم يَرْضَ الزوجان، هذه هي الطريقة الظاهرة، وفي كتاب القاضي ابن كج عن أبي الطَّيِّبِ بن سَلَمَةَ وابن سُرَيْجٍ، القَطْع بأن الفُرْقَة لا تنفذ إلاَّ برضا الزوجين، والقولان في أنَّه هل يحتاج في بَعْثِ الحكمين إلى رضَاهُمَا وعن أبي إسحاق، طريقة القطع بأن بَعْثَ الحكمين لا يَحْتَاج إلى إذنهما؛ فلعله يُؤَثِّر في صَلاَحِ حالهما، والخِلاَفُ في نُفُوذ الفُرْقَة بغَيْر إذنهما، وإيراد صاحب التَّتِمَّة، ينطبق على هذه الطريقة ولو رأى الحكمان أن تترك المرأة بَعْضَ حَقِّها من القَسْم أو النفقة أو ألاَّ يتسرى أو لا ينكح عَلَيْهَا غيرها لَمْ يلزمه ذلك بلا خلاف.

وإن كان لأحدهما على الآخر مالٌ يتعلق بالنِّكاح؛ كالمَهْر والنفقة[2]، أو لا يتعلق به، لم يجز للحكمين استيفاؤه من غير رضا صاحِبِ الحَقِّ بلا خلاف وأما الصفات المَشْرُوطَةُ في حق المبعوثين، فلا شَكَّ في اشتراط العقل والبلوغ، ولا بدّ [له] من العدالة إن قلنا: إنه تحكيم، وإن قلنا: إنه توكيل، ففي كتاب القاضي ابن كج: أنه لا يشترط العدالة، كما في سائر الوكالات وهو قضية قوله في الكتاب، «وعلى هذا يشترط عدالتهما»، فإنَّه أشعر بتخصيص الاشتراط بالقول الثاني والأكثرون شَرَطُوها، وإن جعلناه تَوْكيلاً، وقالوا: إذا تعلقت الوكالة بِنَظَرِ الحاكم، فلا بدّ وأن يكون الوكيل عَدْلاً كأمين الحاكم، ويجري هذا الخلاف في الحرية والإِسْلاَم، ولا بدّ من الاهتداء إلى ما هو المقصود من بعثهما، ولفظ الكتاب يشعر بتخصيص اعتباره بالقول الثاني، لكن يشترط في التوكيل أيضاً أن يكون الوكيل ممن يتأتى منه المفوَّض إِلَيْهِ، ولا بُدَّ من الذكورة إنْ جَعَلْنَاهُ تحكيماً، وإن جعلْنَاه تَوْكِيلاً، قال أبو عبد الله الحناطي: لا يشترط الذكورة في حكم المَرْأة، وفي حُكْم الرَّجُل وجْهَان بناءً على أن المرأة هل تتوكل في الخُلْع، ولا يشترط فيهما الاجتهاد، إن جعلْناه تحكيماً لما سيأتي في بابه إن شاء الله تعالى أن من يفوض إِلَيْه القاضي أَمراً جزئياً لا يشترط فيه إلاَّ عِلْم ذلك البَابِ، وكذلك لا يشترط كونُهُمَا من أهل الزوجين؛ لأن القرابة غير معتبرة في الحكم ولا في الوكالة إلاَّ أنَّ الأَهْلَ أَوْلَى؛ لأنَّه أشْفَقُ وأقْرَبُ إلى رِعَايَة الصَّلاَح، ولأنَّه أعْرَف ببواطن الأحوال، ولأن القريب قد يفشي سره إلى قريب من غير حِشْمَة، وإن كان الحاكم قريبَ أحَدِ الزوجين، فله أن يذهب بنفسه، وفيما علق عن الإمام: أنَّه يشترط أن يكون

---

(١) في ز: برضاها (٢) في ز: و.

المبعوثان من أهلهما؛ لظاهر الآية وذكروا في جواز الاقتِصَارِ على حَكَم واحد وجْهَيْن، جواب القاضي ابن كج فيهما المَنْع؛ لأنه إذا كان واحداً، اتهمه كل واحد من الزوجين ولم يُفْشِ إليه سِرَّهُ بتمامه، وقد يحتج له بظاهر الآية ويُشْبِه أن يقال إن جعلناه، فلا يشترط العدد، وإن جعلناه تحكيماً توكيلاً فكذلك إلاَّ في الخُلْع، فيكون على الخِلاَف في تولِّي الواحد [أحد] طرفي العَقْد، وينبغي أن يخْلُو حَكَمُ الرجل بالرجل وحَكَمُ المرأة بالمرأة فيعرفان ما عندهما وما فيه رغبتهما، وإذا اجتمعا لم يُخْفِ أحدُهما عن الآخر ما عنده، ونَفَّذا ما رأياه صواباً، وإذا اختلف رأي الحَكَمَيْن بَعَث إليهما آخرين حتى يجتمعا على شَيْء؛ ذكره الحناطي.

وإذا جُنَّ أحد الزوجين، أو أُغْمِيَ عليه، لم يَجُزْ بعْث الحكمين بعده، وإن جُنَّ بعد استطلاع الحكمين، رأيه لم يَجُزْ تنفيذُ الأَمْر لأَنَّهُمَا إنْ جعلا فيه وكيلين، فالوكيل ينعزل بالجُنُون، وإن جعلا حكمين، فلا بُدَّ من دوام الشُّقَاق والخصومة؛ ألا تَرَىٰ أنهما لو عَادَا إلى الصَّلاَح لم يجُزِ التفريق بينهما وبعد الجنون، ولا يعرف دوام الخصومة والشِّقَاق، وفي شرح القاضي ابن كج أنَّه لا يؤَثِّر جنون أحد الزوجين على قولنا إنهما حاكمان وحكى الحناطي وجْهاً على قوْلنا إنه وكالة؛ أن الإِغماء لا يُؤَثِّرُ فيه كالنَّوْم، وهذا ينبغي أن يجري في كل وكالة.

ولو غاب أحد الزوجين بَعْد بعث الحَكَمَيْن، نفذ الأمر إن قلنا، إنه توكيل، وإن قلْنَا: تحكيم لم ينفذ، لأنه لا يعرف بقاء الشقاق والخصومة بينهما، ولأن كل واحد منهُمَا محكومٌ له وعلَيْه، ولا يجوز القَضَاء للغَائِب وفيه وجْه أنَّه يجوز تنفيذُ الأَمْرِ مَعَ الغَيْبَة، ولا يشترط دوام الخصومة وطرد هذا الوجه فيما إذا سَكَتَ أحدهما.

فروع: ولو وكَّل رجلاً، فقال: إذا أَخَذْتَ مالي منها، فطلِّقْها أو خَالِعْها أَوْ خُذْ مالي ثم طلِّقْها، لم يجُزْ تقديم الطلاق على أَخْذِ المال، قال أبو الفرج الزاز؛ وكذلك لو قال: خالِعْها على أن تَأْخُذَ مالي منْها، ولو قال: خذ مالي وطلِّقْها، فهل يشترط تقديم أخذ المال، أم لا يشترط، ويجوز تقديم الطلاق، كما لو قال طلِّقْها وخُذْ مَالِي منْها فيه وجهان رجح صاحب التَّهْذِيب منهما[1] الأَوَّلَ وقال: لو قال: طَلِّقْهَا ثمَّ خُذ مالي منها، جاز تقديم أَخْذِ المَالِ على الطَّلاَق؛ فإنه زيادةُ خَيْر، وذكر الحناطي أنَّه إذا بعث القاضي حَكَمَيْنِ فرأى أحدُهما الإِصلاَح، والآخَرُ التفريقَ، ففرق نفذ التفريق، إن جوَّزْنَا الاقتصار على حكم واحد والله أعلم.

---

(١) ظن في المهمات أن هذا من البغوي ترجيح بأن الواو تقتضي الترتيب، وحينئذٍ يكون هذا مفرعاً على وجه ضعيف.
قال في الخادم: إن هذا ليس مفرعاً عليه بل هو احتياط للموكل في تقدم أخذ المال.

كِتَابُ الخُلعِ[1]، وَفِيهِ أَبوَابٌ

البَابُ الأَوَّلُ فِي حَقِيقَةِ الخُلْعِ وَفِيهِ فَصْلاَنِ

(الفَصْلُ الأَوَّلُ فِي أَثَرِهِ): وَفِيهِ قَوْلاَنِ: الصَّحِيحُ أَنَّهُ طَلاَقٌ وَهُوَ مَذْهَبُ عُمَرَ وَعُثْمَانَ وَعَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ أَجْمَعِينَ وَمِنَ الفُقَهَاءِ أَبُو حَنِيفَةَ وَالمُزَنِيُّ رَحْمَةُ اللَّهِ عَلَيهِمَا، وَالثَّانِي: أَنَّهُ فَسْخٌ.

قال الرَّافِعِيُّ: يقال: خَلَع الرَّجُلُ امرأَتَهُ خُلْعاً، وذكر أنه مأخوذ من الخَلْع، وهو نَزْع الثوب وكل واحد من الزَّوْجَيْن لباس للآخر، على ما قال، تعالى جده ﴿**هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ**﴾ [البقرة: ١٨٧] وكأن كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمُفَارَقَةِ الآخر نزع عنه لباسه، ويقرب في ذلك قولهم: خُلِعَ الوالي أي عُزِلَ، وفسر الخُلْع في الشريعة: بالفُرْقة على عوض يأخذه الزوج[2].

---

(١) الخلع لغة: النزع، وهو استعارة من خلع اللباس، لأن كل واحد منهما لباس للآخر فكأن كل واحد نزع لباسه منه، وخالعت المرأة زوجها مخالفة إذا افتدت منه وطلقها على الفدية.
انظر: لسان العرب: ٢/ ١٢٣٢، المصباح المنير: ١/ ٢٣٢، المطلع: ٣٣١ واصطلاحاً.
ـ عرفه الأحناف بأنه: عبارة عن أخذ المال بإزاء ملك النكاح بلفظ الخلع.
وعرفه الشافعية بأنه: فرقة بين الزوجين بعوض بلفظ طلاق أو خلع.
وعرفه المالكية بأنه: الطلاق بعوض.
وعرفه الحنابلة بأنه: فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج بألفاظ مخصوصة.
انظر: تبيين الحقائق: ٢/ ٢٦٧، شرح فتح القدير: ٤/ ٢١٠.
حاشية ابن عابدين: ٣/ ٤٢٢، مغني المحتاج: ٣/ ٢٦٢.
الشرح الصغير للدردير: ٣/ ٣١٩، بداية المجتهد: ٢/ ٩٨.
الكافي: ٢/ ٥٩٧، كشف القناع ٥/ ٢١٢، المغني: ٧/ ٥٣٦.

(٢) قال البلقيني في «التدريب» فراق الزوجة تبذل قابل العوض يحصل لجهة الزوج على وجه مخصوص قال وقلنا يبذل ولم نقيده بمذكور ليتناول ما إذا اختلف من غير ذكر مال فإنه يثبت مهر المثل للزوج على ما رجحه جمع من المراوذة وبعض العراقيين وعليه جرى المتأخرون وأخرجنا=

وأصل الخُلع مُجمَعٌ عليه، وقد اشتمل القرآن على ذكره، قال الله ـ تعالى ـ: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

والسنة رُوِيَ عن ابن عبَّاس رضي الله عنهما قال: «جَاءَتِ امْرَأَةُ ثَابِتِ بْنِ قَيْسِ بْنِ شِمَاسٍ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ: ما أَنْقِمُ عَلَى ثَابِتِ ابْنِ قَيْسٍ فِي دِينٍ وَلاَ خُلُقٍ إِلاَّ أَنِّي أَخَافُ الكُفْر في الإِسلام فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ تَرُدِّينَ حَدِيقَتَهُ؟ فَقَالَتْ: نَعَم، فَرَدَّتْ عَلَيْهِ، وَأَمَرَهُ أَنْ يُفَارِقَهَا»(١).

= بقابل العوض بدلاً لا يقبل كخمر ومجهول ومغصوب ونحوها فإنه يفسد الخلع ويجب للزوج مهر المثل إلاّ إذا كان في خلع الكفار من الخمر ونحوه فإنه قابل للعوض عندهم فيكون الخلع به صحيح كما في أنكحتهم حتى لو حصل إسلام بعد قبض الخمر كله فإنه لا شيء له عليها فإن كان الإسلام قبل قبضه وجب مهر المثل للتعذر، وفي قبض بعضه قسط مهر المثل وليس لنا خلع بخمر ومغصوب ونحوها يقع الطلاق بسبب ذلك رجعياً ولا مهر إلا في صورة الخلع مع غير الزوجة من أب أو أجنبي على هذا الخمر أو على هذا المغصوب أو على عبده هذا أو على صداقها ولم يصرح بنيابة ولا استقلال أو على عبده زيد هذا وإنما يجب مهر المثل في البدل الفاسد في غير هذا إذا كان البدل مقصوداً، فإن كان غير مقصود كالدم فإنه يقع رجعياً وقلنا يحصل لجهة الزوج ليدخل مالك الزوج غير المكاتب فإن البدل لا يحصل للزوج بل للسيد وقد يسكت عن العبد أو الحر إذا حصل الخلع على ما في ذمته من صداق وغيره وقد يكون البدل رضاعة ولد الزوج ونحو ذلك وجهة الزوج تشمل ذلك كله وقلنا على وجه مخصوص ليشمل ما يعتبر في العاقدين وغير ذلك.

(١) أخرجه البخاري وأبو داود. قوله: ويروى: أنه كان أصدقها تلك الحديقة، فخالعها عليها، هو صريح في رواية أبي داود. قوله: ويقال: إنه أول خلع في الإسلام، هو في المعرفة لأبي نعيم في آخر حديث، وكذا عند أحمد من حديث سهل بن أبي حثمة، وعند البزار عن عمر. قوله: ويحكى أن ثابتاً كان ضرب زوجته، ولذلك افتدت، هو في رواية أبي داود أيضاً، وهو عند النسائي من رواية الربيع بنت معوذ. قوله: ويروى عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود: أن الخلع طلاق، ويروى عن ابن عمر وابن عباس: أنه فسخ لا ينقص عدداً، وعن ابن خزيمة أنه لا يثبت عن أحد أنه طلاق، وعن ابن المنذر أن الرواية عن عثمان ضعيفة، وأنه ليس في الباب أصح من حديث ابن عباس، أما مذهب عمر: فلا يعرف، وقد اعترف بذلك الرافعي في التذنيب، وأما عثمان: فرواه مالك في الموطإ والشافعي عنه عن هشام عن أبيه عن جمهان، عن أم بكرة الأسلمية أنها اختلعت عن زوجها عبد الله بن خالد بن أسيد، ثم أتيا عثمان في ذلك، فقال: هي تطليقة إلا أن تكون سميت شيئاً فهو ما سميت، وضعفه أحمد بجمهان، وأما علي: فحكاه ابن حزم وقال: إنه لا يصح أيضاً، وهو عند ابن أبي شيبة عن ابن إدريس عن موسى بن مسلم عن مجاهد عن علي قال: لا تكون طلقة بائنة إلا في فدية أو إيلاء، وروى عبد الرزاق عن هشيم عن حجاج عن الحصين الحارثي عن الشعبي: أن علياً قال: إذا أخذ للطلاق ثمناً فهي واحدة، وفيه ابن أبي ليلى وأما الرواية في ذلك عن ابن عمر: فرواها ابن حزم من حديث الليث عن نافع أنه سمع الربيع بنت معوذ: أنها اختلعت من زوجها على عهد عثمان، فجاءت إلى ابن=

ويروى أنه كان قد أصْدَقَها تلك الحديقة.

نُقِلَ أنه أول خُلْع جرى في الإسلام، ولا فرق في جواز الخُلْع بين أن يَجْري على الصَّداق، أو بعضه، أو على مال آخر، ولا بين أن يكون العِوَضُ الذي بذَلَتْه أكْثَرَ مما أعطاها الزوجُ صَدَاقاً، وبين ألا يكونَ.

وعن أحمد: لا يجوز ولا كراهة فيه إن جرى في حال الشقاق أن يأخذ منها أكثر مما أَعْطَىٰ، ويصحُّ الخُلْع في حَالَتَي الشِّقاق، والوفاق أو كانت تَكْرَهُ صُحْبَتَه لسوء في خُلُقِه أو دِينِه أو تَحَرَّجَتْ من الإِخْلاَل ببعض حُقُوقِه، لما بها من الكراهة فافْتَدَتْ ليطلقها أو ضربها الزوج تأديباً فافتدَتْ، ويحكى أن ثابتاً كان قد ضرب زوجته فلذلك افتدت وألحق الشيخ أبو حامدٌ بهذه الصورة ما إذا منعها حقَّها من النَّفَقَة وغَيْرِها فافتدت، لتتخلَّصَ منه، وإن كان الزوْجُ يكره صحبتها، فأساء العِشْرة، ومنعها بعْضَ حَقِّها حتى ضَجِرَت وافتدت، فالخُلْع مَكْرُوه وإن كان نافذاً، والزوج مأثوم بما فعل، وفيه وجه أن منعه حقَّها، كالإكراه على الاختلاع بالضرب وما في معناه وإذا أكرهها بالضَّرْب ونحوه، حتى اختلعت فقالت مبتدئةً: خالِعْنِي على كذا [ففعل][1]، لم يصحَّ الخُلْع، ويكون الطَّلاق رجعيًا إن لم يُسَمِّ مَالاً، وإن سمَّاه لم[2] يقَعِ الطَّلاَق؛ لأنَّها لم تقبل مختارة[3].

وفي «التتمَّةِ» وجْه: أنَّه وإن لم يسم المال لا يقع الطلاق؛ لأنَّه قصد ترتيب كَلاَمِه على كلامها، فصار كما لو سمى المال.

ولو ابتدأ، وقال: طلقتك على كذا، وأكرهها بالضَّرْب على القبول، لَمْ يقعْ شَيْء، وإذا ادَّعَت المرأة أنَّ الزَّوْج أكْرَهَهَا على بَذْل مال عِوَضاً عن الطَّلاق، وأقامَتْ عليْه بيِّنَةً، فالمال مردُودٌ، والطلاق واقعٌ، وله الرجْعَة، نصَّ عليه.

= عمر فقال: عدتها عدة المطلقة، وكذا رواه مالك في الموطإ عن نافع نحوه، وأما ابن عباس: فرواه أحمد عن يحيى بن سعيد عن سفيان عن عمرو بن دينار عن طاوس عن ابن عباس قال: الخلع تفريق، وليس بطلاق، وإسناده صحيح، قال أحمد: ليس في الباب أصح منه.

(١) سقط في ز (٢) سقط في ز.

(٣) قال في المهمات ما ذكره من أن الطلاق إن لم يتم حالاً رجعي مبني على أن مطلق الخلع لا يقتضي المال، فإن فرعنا على الأصح أنه يقتضي المال وقع الطلاق بائناً فهو المثل؛ لأن الزوج في هذه الصورة مبتدىء؛ لأن لفظ المرأة المتقدم ساقط للإكراه وصورها في «التتمة» بلفظ الطلاق فعدل الرافعي عنه إلى التعبير بالخلع وهو الذي أورده الشيخ ولي الدين العراقي بأن الصورة أنه لم يصدر منها سوى اللفظ الذي ابتدأت به فألغيناه للإكراه وقد أتى هو بإيجاب لم يقع له القبول فكيف يقال إن الطلاق وقع بائناً بمهر المثل والعجب من شيخنا قال إن لفظ المرأة ساقط للإكراه فإذا كان ساقطاً للإكراه فكيف يوقع الطلاق البائن بكلامه وحده. انتهى. وهو جواب حسن.

قال الأصحاب: وموضع الرَّجْعَة ما لم يعترف بالخُلْع بل أنكر أخذ المال أو سكت وأقامت البينة، فأما إذا اعترف بالخُلْع وأنكر الإكراه، فالطلاق بائن بقَوْله، ولا رجعة، ولو زنت المرأة فمنعَها الزوج بعْضَ حقِّها، فافتدت بمال صَحَّ الخُلْع، وحلَّ الأَخْذ له وعلى ذلك حمل قوله تعالى: ﴿وَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلاَّ أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾ [النساء: ١٨] ومن جعل منْعَ الحَقّ كالإِكْرَاه بالضَّرْب قال: لا يَحِلُّ لَهُ الأخْذ، ولو أَمْسَكَها عنده وحبسَهَا ليرثها فماتت، وَرِثَها، وحكى القاضي ابن كج والحَنَاطي قَوْلاً أنَّه لا يرثها، هذه مقدمة الكتاب.

واعلم: أن الفُرْقة الحاصلة على العوض تارَةً تَكُون بلفظة الخُلْع، ويحتاج فيه إلى معرفة حقيقته وكيفية تأثر النكاح به، وتارَةً يكونُ بلفظ الطَّلاق، ويحتاج فيه إلى النَّظر في لفظ الزوج تعليقاً بالبدل والإعطاء وإلزاماً، وفي لفظ المرأة التماساً للطَّلاَق والتزاماً للمال، وسواء وقعت الفرقة بلفظ الخُلْع أو الطلاق، فلصحتها أركانٌ، وقد يعوض بين المتعاقدَيْن في كيفية العقْد الجاري بينهما نزاعٌ فضمن المصنِّف فِقْه هذا الكتاب في خمسة أبواب: بابٌ في حقيقة الخُلْع، وبابٌ في أرْكَان الصِّحَّة، وبابٌ في ألفاظ الزوج المتعلقة بالإِعطاء، وبابٌ في التماس الطلاق على العوض، وبابٌ في النزاع، ورَتَّبَ ما يتعلق بالباب الأول في فصْلَيْن:

أحدهما: في كيفية تأثيره في النِّكَاح.

والثاني: في بيان ما يشبه الخُلْع من المعاملات وينزع إليه، ومقصودُ الفصلين معاً يتفرع على أن الخُلْع طلاقٌ، أم لا، ولا شك في أن المفارقة بلفظ الطلاق على عِوَض طلاقٌ، ويستوي في ذلك صريحُ الطَّلاق وكنايته مع النية، وإذا لم يجر إلاَّ لفظُ الخُلْع، فقولان: الجديدُ أنَّه طلاق يُنْتَقَص به العَدَد، وإذا خالعها ثلاثَ مراتٍ، لم ينكحْها إلا بمحلِّل، ويروى هذا عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود ـ رضي الله عنهم ـ وبه قال أبو حنيفة ومالك واختاره المُزَنِيّ، ووجْهُه أنها فُرْقَة لا يملكها غير الزَّوْج، فيكون طلاقاً كما لو قال: أنتِ طالقٌ على ألْف، أو خالَعْتُكِ طلْقَةً بألْف، والقديمُ: أنه فَسْخ لا ينقص به العَدَد، ويجوز تجديد النِّكَاح بعد الخُلْع من غير حَصْر، ويروى هذا عن عبد الله بن عمر وابن عباس ـ رضي الله عنهم ـ وبه قال أحمد ووجْهُه بأن فُرْقة النِّكاح تحصل بالفَسْخ كما تحصل بالطلاق، ثم الطَّلاق ينقسم إلى: ما هو بعوض، وإلى ما هو بغَيْر عِوَض، فليكنِ الفَسْخ كذلك، ولا فسخ بعوض سوى الخُلْع، وبأن فُرقة الخُلْع لا رَجْعة فيها بحال، فلا يكون طلاقاً، كالرَّضَاع، ولأنها فرقة حصَلَت بمعاوضة، فيكون فَسْخاً، كما لو اشترى الزوج زوجته وبنى بانون القولين على أن النِّكاح هل يَقبَل الفسخ بالتراضي، فعلى قول يقبل، كالبيع، وعلى

قول لا بل وضع النكاح على الدوام والتأبيد، وإنما يُفْسَخ لضرورة تَدْعو إليه.

وقوله في الكتاب «على الصَّحِيحُ أَنَّهُ طَلاَقٌ»، يوافق الأصل الممهد في ترجيح الجديد، وعلى ذلك جرى أكثر الأصحاب ـ رحمهم الله ـ وينصر قول الفَسْخ في الخِلاَق، وإلى نصرته ذهب الشيخ أبو حامد، وذهب أبو مخلد البصري، أن الفتوى عليه، ويؤيده بعض التأييد ما حُكِيَ عن ابن خُزَيْمة ـ رحمه الله ـ أنَّه لا يَثْبُت عن أحمد أنَّه طلاق، وعن ابن المُنْذر أن الرواية عن عثمان ضعيفةٌ، وأنَّه ليس في الباب أصح من حديث ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ، وحَكَىٰ غيره اختلاف الرواية في المسألة عن عثمان ـ رضي الله عنه ـ، ويجوز إعْلاَم قوله: «طلاق» بالألف، وإعلام قوله: «فَسْخ» بالميم، وأما بمذهب أبي حَنيفةَ فمذكورٌ ولا يحتاج إلى الإعلام له.

قَالَ الغَزَالِيُّ: فَإِنْ جَعَلْنَاهُ فَسْخاً فَلَفْظُ الخُلْعِ صَرِيحٌ فِيهِ لِتَكْرِيرِهِ عَلَى لِسَانِ حَمَلَةِ الشَّرِيعَةِ، وَلَفْظُ الفَسْخِ صَرِيحٌ عَلَى الأَصَحِّ، وَقِيلَ: كِنَايَةٌ لأَنَّهُ لاَ يُسْتَعْمَلُ فِي النِّكَاحِ إِلاَّ مَقْرُوناً بِعَيْبٍ أَوْ سَبَبٍ، وَفِي لَفْظِ المُفَادَاةِ وَجْهَانِ لأَنَّه ذُكِرَ مَرَّةً فِي القُرْآنِ، وَهُوَ كَالخِلاَفِ فِي لَفْظِ الإِمْسَاكِ لِلْمُرَاجَعَةِ، وَلَفْظِ الفَكُّ لِلمُعْتَقِ، وَلَوْ نَوَى بِالخُلْعِ طَلاَقاً عَلَى هَذَا القَوْلِ لَمْ يَنفُذْ لأَنَّهُ وَجَدَ نَفَاذاً فِي مَوْضُوعِهِ صَرِيحاً، بِخِلاَفِ مَا لَوْ قَالَ: أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ فَإِنَّهُ صَرِيحٌ فِي إِلْزَامِ الكَفَّارَةِ، وَلَوْ نَوَى بِهِ الطَّلاَقَ نَفَذَ لأَنَّهُ غَيْرُ مُخْتَصٍّ بِالنِّكَاحِ، وَلَوْ قَدَرَ عَلَى الفَسْخِ بِعَيْبِهَا فَقَالَ: فَسَخْتُ وَنَوَى الطَّلاَقَ نَفَذَ عَلَى وَجْهٍ لأَنَّ لَفظَ الفَسْخِ لاَ يَخْتَصُّ بِالنِّكَاحِ.

قال الرَّافِعِيُّ: المقصود الآن التفريع على القَوْلين، فإن جعلنا الخُلْع فَسْخاً، فلفظ الخُلْع صريحٌ فيه؛ لكثرة استعماله وتكرُّره على لسان حَمَلَة الشريعة، ولو قال: فَسَخْت نكاحَكِ، فقَبِلَتْ فوجهان:

أصحُهما: وهو المذكور في «التهذيب»: أنَّه صريحٌ؛ لأنه أشد دَلالةً على حقيقته من لفظ الخلع، وأيضاً فإن الفَسْخ مقصودُ الخُلْع ومقتضاه، وما هو مقصود العقد ومقتضاه إذا استعمل في العقد كان صريحاً؛ ألا ترى أنَّه إذا استعمل لفظ التمليك في البيع، كان صريحاً؛ لأنَّ التمليك هو مقصود العَقْد ومقتضاه، ويُنْسَب هذا إلى اختيار القاضي حسين.

والثاني: أنَّه كناية ويقال: إنه اختيار القَفَّال؛ لأن لفظ الفسخ لا يستعمل في النكاح إلاَّ مقروناً بعيب أو بسبب إعسار وغيره، بخلاف الخُلْع؛ فإنَّه مشهور فيه، ويجوز أن يكون اللفظ المصرَّح بمقصود التصرُّف كنايةً في ذلك التصرف؛ ألا ترى أن مقْصُود الطلاقِ التحريم والإبانة، ثم هما كنايتان في الطَّلاَق، ولمن قال بالأول: أن يقول المستعمل عند العَيْب والإعسار ونحوهما: هو الفسخ عرياً عن العِوَضِ، والكلامُ

ها هُنَا فيما إذا قال: فَسَخْتُ نكاحَكِ بِكَذَا، وهذا لا يستعمل في النكاح إلاَّ في الخلع، وليس ما نحن فيه كالطَّلاق والتَّحريم؛ لأن الطَّلاقَ يشتمل على أحكام غريبة؛ كنقصان العَدَد وغيره فتعين له اللفظ المستعمل فيه شرعاً، وأمَّا الفَسْخ فهو النَّقْص والرَّفع لا غير، وإذا قال: فَادَيْتُكِ بكذا فقالَتْ: قَبِلْتُ أو افتديت، فوجهان في أنَّه صريحٌ أو كنايةٌ.

أظهرها: أنَّه صريحٌ كلفظ الخُلْع لورود القرآن به؛ قال الله تعالى: **﴿فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِ﴾** [البقرة: ٢٢٩].

والثاني: أنه كنايةٌ؛ لأنه لم يتكرر في القرآن، ولا شاع في لسان حَمَلَة الشريعة، وأُجْرِيَ هذا الخلاَفُ في الألفاظ التي وردت في سائر العقود، ولم تتكرَّرْ، كلفظ الفك في العتق والإمساك في الرجعة، ولو قلنا بأن لفظي الفسخ والمفاداة كنايةٌ، فيجيء في انعقاد الخُلْع بهما خلاف نذكره في أن الخُلْع هل ينعقد بالكنايات، إذا قلنا: إنَّه فَسْخ، ولو نوى بالخُلْع الطلاقَ والتفريع على قول الفسخ، فوجهان، اختيار القاضي حسين والمَذْكور في الكتاب «والتَّتِمَّة» أنَّه لا يكون طلاقاً، وينفذ في الفَسْخ الذي هو صريح فيه؛ لأنه أمكن تنفيذه في موضعه صريحاً، فلا ينصرف إلى غيْره بالنيَّة، كما أن الطَّلاَق لا يصير ظِهَاراً بالنية وبالعكس.

والثاني: أنَّه يكون طلاقاً؛ لأن اللفظ محتمل له، وقد اقترنت النية به فصار كسائر الكنايات، وليس الفَسْخ والطَّلاَق كالظهار والطلاق[1]؛ لأنَّ الفَسْخ والطلاق نوعان يدخلان تحت جنْس البينونة، والطلاق والظهار لا يتقاربان مثل هذا التقارب، وإيراد صاحب «التَّهْذيب» يُشْعر بترجيح هذا الوجْه، وقَطَع به بعض أصحابنا العراقيين، ومن نصر الوجه الأول: اعتذر عما لو قال: أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ؛ فإن مطلقه صريح في التزام الكفارة على الأَظْهر كما سيأتي في موضعه إن شاء الله تعالى - ومع ذلك لو أراد به الطَّلاَقَ نَفَذ، وكان كنايةً فيه، وبأن التزام الكفارة لا يختص بالنِّكَاح بل يجري في مِلْك اليمين، إذا قال لأمته: أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ، وإذا لم يختصَّ بالنكاح لم يبعد أن ينصرف من حكم من أحكام النكاح إلى حُكْم آخَرَ بالنِّيَّة.

ولو قال لزوجته فَسَخْتُ نكَاحَكِ، ونوى الطلاق، وهو مُتَمَكِّن من الفَسْخ بعيب فيها، ففيه وجهان للقائلين بأنه لو نوى بالخُلْع الطلاقَ لم يكن طلاقاً، ومنهم من وفى بقضية كلامه وقال: لا يكون طلاقاً؛ لأنَّه أمكن تنفيذه في حقيقته، بخلاف ما إذا لم يوجد سبب الفَسْخ، والأَظْهر فيه - وبه قال القاضي الحسين - أنَّه يكون طلاقاً؛ لأن الفَسْخ لا يختص بالنكاح، بل يدخل في سائر العقود، فجاز التصرُّف

(١) في ب: يتفاوتان.

فيه بالنيَّة كما ذكرنا في قوله: أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ.

وقوله في الكتاب: «فَإِنَّهُ صَرِيحٌ فِي إِلزام الكَفَّارَة» يمكن إعلامه بالواو؛ لوجه يأتي في مسألة الحرام أن هذه اللفظة إذا أطلقت لا يَقْتضي [الكفارة].

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَإِنْ قُلْنَا: الخُلْعُ طَلاَقٌ فَلَفظُ الفَسْخِ كِنَايَةٌ فِيهِ، وَفِي المُفَادَةِ وَجْهَانِ، وَفِي لَفظِ الخُلْع قَوْلاَنِ، فَإِنْ جَعَلْنَاهُ صَرِيحاً فَجَرَىٰ دُونَ ذِكْرِ المَالِ كَانَ كِنَايَةً عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، ثُمَّ هَلْ يَقْتَضِي مُطْلَقُهُ ثُبُوتَ المَالِ فِيهِ وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَقْتَضِي مَهرَ المِثْلِ، فَإِنْ قُلْنَا: لاَ يَقْتَضِيهِ وَجَعَلْنَاهُ فَسْخاً لَغَا، وإِنْ جَعَلْنَاهُ طَلاَقاً صَارَ طَلاَقاً رَجْعِيًا وَلَكِنْ يَفْتَقِرُ إِلَي قَبُولِهَا لاقْتِضَاءِ لَفظِ المُخَالَعَةِ القَبُولَ إِلاَّ إِذَا لَمْ يَتَضَمَّنِ الْتِمَاسَ جَوَابِهَا أَوْ قَالَ: خَلَعْتُك، وَلَوْ نَوَى الرَّجُلُ المَالَ قِيلَ: إِنَّهُ لاَ يَنْفَذُ مَا لَمْ يَثْبُتْ بِنِيَّتِهَا أَيْضاً، وَقِيلَ: لاَ أَثَرَ لِنِيَّتِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: أيضاً إذا فرّعنا على أن الخُلْعَ طلاقٌ قلنا إن لفظ الفَسْخ كنايةٌ فيه، كما لو استعمل من غير ذكر المال، وفي لفظ «المفاداة» وجهان كما على القول الأول، والأصحُ أنه كلفظ الخُلْع، ولفظ «الخلع» صريحٌ أو كنايةٌ فيه قولان: [الحكاية] ـ عن «الأُمّ» أنه كنايةٌ، وذكر الإمام وصاحب الكتاب والرُّويَاني أنه أظهر في المَذْهب، وعن نصه في «الإملاء»: أنَّه صريحٌ، وبه قال أبو حنيفة، واختاره الإمام والمصنف وصاحب «التهذيب»، واختلفوا في مأخذ القولين، فعن الأكثرين بناء الخِلاَف على أن اللَّفْظ إذا شاع في العُرْف والاستعمال للطلاق، فهل يلتحق بما تكرَّر في القرآن، ولِسَانِ حَمَلَة الشريعة أم لا؟ ومنهم من بنى الخلاَفَ على أن ذكر المال هل يلحقه بالصرائح فعلى رأي: نلحقه؛ لأن ذكر المال بدلاً وتحصيلاً يشعر بطلب البينونة، وعلى رأي: لا، كما أن قرينة اللَّجَاج والغَضَب لا تلحق الكناية بالصرائح فمن أخذ الخلاف من المَأخذ الأول أثبت الخِلاَفَ في لفظ الخُلْع، وإن لم يجر ذكر المال، ومن أخذه من المَأْخَذ الثاني قال: إذا لم يجر ذكْرُ المال، فهو كناية لا محالةَ، وهذا ما أورده في «التتمة» ويخرج مما ذكرنا وجهان: في أن لفظ الخُلْع من غيْر ذكر المال صريحٌ أو كنايةٌ، مع الحُكْم بأنَّه صريح أو كناية إذا جرى ذكر المال، وهذا قولُه في الكتاب: «فَإِنْ جَعَلْنَاهُ صَرِيحاً فَجَرَى دُونَ ذِكْرِ المَالِ كَانَ كِنَايَةً عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ» وهل يقتضي الخُلْعُ المطلَقُ الجاري من غير ذكْر المال ثبوتَ المال؟ فيه وجهان:

أظهرهما: عند الإمام وصاحب الكتاب وهو اختيار القاضي: نَعَمْ؛ للعرف المطَّرد لجريان الخُلْع على المال، وأيضاً فإن الخُلْع يوجب المال إذا جرى على خمر أو خنزير، فإذا جرى مطلقاً أوجبه كالنكاح.

والثاني: لا؛ لأنَّه لم يجر له ذكر والتزام، وليس كالنكاح فإن المقصود هناك ألا يعري استباحة البُضْع عن المال، ولذلك ثبت على قول وإن نفي، وهذا أَوْفَقُ لما ذكره في «التهذيب»، فإن قلْنَا: إن مطلقه يقتضي المال، فإن جعلناه فَسْخاً أو صريحاً في الطلاق، أو كنايةً ونوى، وَجَب مهر المثل، وحصلت البينونة، وإن جعلْنَاه كناية ولم ينو لغا وإن قلْنا: إنَّه لا يقتضي المال، فإن جعلناه فسخاً لغا؛ لأن الفسخ بالتراضي لا يكون إلاَّ على عوض، هكذا حكاه الإمام وغيره عن الأصحاب، وذكَرُوا أن مَسَاق كلامهم أنَّه لو لغا العِوَض في الخلْع لم يَصِحَّ الخُلْع على قول الفسخ، قال: والقياس الحقُّ صحته بلا عوض؛ فإن النكاح إذا نفي فيه الصَّداق انتفى على الأصح، ومن قال بوجوبه قال؛ إذا جرى المسيس وَجَبَ لا مَحَالَة ما يجب بالعقد؛ رعايةً لحُرْمة استحقاق البُضْع، ومثل هذا المعنى لا يتحقق في الفَسْخ، وهو في وضعه مستغنٍ عن العِوَض، ولو جعلناه طلاقاً إما صريحاً أو كنايةً، ونوى، فهو طلاق رجعيٌّ، لكن في افتقاره إلى القبول وجهان:

أحدهما: وهو المذكور في الكتاب أن يفتقر إليه؛ لأن لفظ المخالعة يستدعي القبول، وقد يحتاج إلى القَبُول، وإن لم يَثْبُت المال، كما في مخالعة السفيه، وأشبههما ـ وهو المذكور في «التهذيب» ـ والراجِحُ عند الإمام أنَّه لا حاجة إليه؛ لاستقلال الزوج بالطلاق الرجعيِّ، ثم الخلاَف فيما إذا قال: خَالَعْتُكِ، وأضمر التماس جوابها، وانتظر قبولها، أما إذا قال: خَلَعْتُ أو قال خَالَعْتُ، ولم يضمر التماسَ الجواب، فلا حاجة إلى القَبُول، كما لو قال: قاطعتك أو فارقتك، ولو قال: فَارَقْتُكِ، وأضمر التماس القَبُول، فقضية الوجه المذكور اعتبار القبول هذا هو الترتيب المذكور في الكتاب فيما إذا أطْلق المخالعة، ولم يَذْكُر مالاً، وعَبَّرَ بعضهم عن الغرض بطريق أقصر من هذا فيقال: إن جعلنا الخُلْع فسخاً، ولم تقبل فهو لَغْوٌ، وإن قَبِلَتْ فتحصل البينونة بمهر المثل أو لا تحصل الفرقة فيه وجهان، وإن جعلناه طلاقاً فهو طلاقٌ رجعيٌّ، أما من غير نية إن جعلناه صريحاً، أو تشترط النية إن جعلناه كنايةً.

ولو نوى المال ولم يذكره، فإن قلنا: إن مطلقه لا يقتضي المال، فهل تؤثر النية في ثُبُوت المال، فيه وجهان يقْرُبَان من الخلاف في انعقاد البيع ونحوه، بالكنايات، فإن قلنا: تؤثر، ثَبَت المال، ولا بدّ فيه من نيتها أيضاً، وإن قلنا: لا تؤثُرُ فيقع الطلاقُ، ويلغى فيه المال، أو لا يَقَع، لأنَّه نوى الطلاق على المال لا مطلقاً، ذكروا فيه وجهَيْن، وفي «فتاوى» صاحب «التهذيب» ذكر وجهَيْن فيما إذا اختلعت نَفْسَها على ما بقي لها من الصَّدَاق وخالعها الزوج عليه، ولم يبق لها عليه شَيْء أنَّه هل تحصل البينونة بمَهْر المثل تخريجاً على الخلاف فيما إذا تخالَعَا من غَيْر تسمية مال، ورجَّح القول بالحصول، هذا ما يتعلق بما في الكتاب من تفريع القولَيْن.

ويصح الخُلْع بجميع كنايات الطَّلاَقِ مع النيَّة، إذا جعلناه طلاقاً، وإن جعلناه فسخاً هل للكنايات مَدْخَل فيه؟ فيه وجْهَان، فإنْ قلنا: نعم، وهو الأصحُ ـ على ما ذكر «صاحب الشامل» وغيره ـ فإن نوى الطلاق أو الفَسْخ، كان كما نوى وإن نوى الخُلْع عاد الخِلاَف في أنَّه فَسْخ أو طلاق، ولو قال: خالَعْتُ نِصْفَك، أو يدك على كذا، أو خالعتك شَهْراً على كذا، نفذ إن جعلناه طلاقاً، والقول في المال الواجب سيأتي، ولا ينفذ إن جعلناه فسخاً.

وترجمةُ الخُلْع بسائر اللغات كلفظ الخُلْع، ولا يجيء فيه الخلاف المذكور في النكاح.

ولفظ البيع والشراء كنايةٌ في الخُلْع سواء جعل فسخاً أو طلاقاً وذلك بأن يقول: بعْتُ نَفْسَكِ منْكِ بكذا، فتقول: اشْتَرَيْتُ أو قَبِلْتُ ولفظ «الإقَالَة» كنايةٌ فيه أيضاً وفي «فتاوى» صاحب «التهذيب» أنه لو قال لامرأته (ماراً فروختي بدان خفي إلى كذا أين مست)[١] فقالت (فروختم)[٢] ونوى تطليقَها على الحق وقعت البينونة، وسقط الحقُّ عنه إن كان معلوماً، ومعنى قوله: (مرا جاد فروختي جو خستي باد جهدي)[٣] كما يقول الرجل: أنَا مِنْك طَالِقٌ، ويؤدي تطليقها ويقَعُ الطَّلاَق وبيع الطلاق بالمهر من جهة الزوج، وبيع المهر بالطلاق من جهة الزَّوْجَة، يعبر بهما عن الخُلْع وليكونا كنايتين أيضاً كما لو قال: بِعْتُ منْك نفْسَك، وفي «الزيادات» لأبي عاصم العَبَّادي؛ أنَّ بَيْع الطَّلاَق مع ذكْر العِوَضِ صريحٌ، ورأى إسماعيل البوشنجي أن ينزل قوْلَه: بِعْتُكِ طَلاَقَكِ بكذا منزلة قوله: مَلَّكْتُكِ طَلاَقَكِ بكذا، حتى لو طلقت في المجلس لزم المالُ، ووَقَع الطَّلاَق، قال: وإنْ نويا مجرد بَيْع الطلاق وشرائه من غير إيقاع الطلاق منها، ومن غير نية الطلاق منه، فهذا التصرف فاسدٌ، والنكاح باقٍ بحاله، وإسماعيل هذا إمامٌ غَوَّاصٌ وهو من المتأخرين لقيه من لقيناه.

ولو قال لامرأته (برأس طلاق فروختم)[٤] قال صاحب «التَّهْذيبِ» في «الفتاوى»: هذا طلاقٌ، وليس بخُلْع، هذه الكلمةُ تُسْتَعْمَل في العجمية بمعنى التَّرْك والتَّخْلية، يقول الرجل لغيره: مرا بار رفروس يريد خلتي.

ولو قالت المرأة: طَلِّقْني على كذا، فقال: خالَعْتُكِ، فإن جعلنا الخُلْع فسخاً، لم ينفَذْ؛ لأنَّه لم يجبْها إلى ما سألت، وإن جعلْنَا الخُلْع صريحَ الطَّلاَق أو جعلْناه كنايةً،

---

(١) يعني: أتخليت عني بهذا القدر إلى كذا.

(٢) كلمة فارسية بمعنى: بعت.

(٣) يعني: أتخليت عنا كما هو الآن؛ كي تخلصي.

(٤) يعني: تخليت عنك

ونوى حَصَلَتِ البينونة، ولزم المالُ، وإن لم ينو لم يقعْ شَيْء[1] ولو قالت: خالعْنِي على كذا، فقال: طلقتك عليه لم يقع شيء إن قلنا أن الخلع فسخ؛ لأن المبذولَ غير المسؤول، وفيه وجْه: أنَّه يقع الطلاق؛ لأنَّها سألتْ أهْوَنَ الفرقتين، وهي الَّتي لا ينتقص بها العَدَد، فإذا طلقها فكأنَّه أجاب، وزاد، فصار كما لو قالت: طَلِّقْني طلقة بألفٍ، فطلقها طلقتين بألف، وإذا قلنا بالأول وهو الظاهر فقولُه: طَلَّقْتُك ابتداءَ كلامٌ منه، فإن لم يسم المال، وقَع الطلاق رجعيًا، وإن سمَّاه، لم يقَعْ ما لم تقْبَلْ، وإن قلنا: إن الخُلْع طلاقٌ، فإن جعلْناه صريحاً أو كنايةً، ونوت حصلت البينونةُ ولزم المال، ولا يضر اختلاف اللفظين، كما لو قالت: طلِّقْني على كذا، فقال: سرحتُكِ عليه، وإن جعلناه كنايةً ولم ينو، فقولها لاغٍ، والزوج مبتدئ بالطَّلاق، ولو وكَّل وكيلاً بالطَّلاق فخالع، فإن قلنا: إن الخُلْع فسخٌ، لم ينفُذْ، وإن قلنا طلاقٌ قال البوشنجي الذي يجيء على أصْلنا أنَّه لا ينفذ أيضاً؛ لأن للخلع صيغةً وللطلاق صيغة فإن كان ذلك بعد الدخول، فيقطع بعدم النُّفوذ، لأنه وكَّل بطلاق رجعيٍّ؛ فليس للوكيل قطْع الرجعة، وبمثله أجاب فيما إذا وكَّله بالطلاق، وطَلَّق على مال إن كان بحيث يتوقع الرَّجْعة، لم ينفذ وإن لم يكن، بأن كان قبل الدخول أو كان المملوك له الطلقةُ الثالثةُ، فقد ذكر فيه احتمالين: وجه النفوذ: أنَّه حصل غرضه مع فائدةٌ، ووجه المَنْع؛ أنه ليس مفهوماً من التوكيل المُطْلَق الطلاقُ، وقد يتوقف في بعض ما ذكره حكماً وتوجيهاً.

ولو تخالعَا هازلَيْنِ نفَذَ إن قلْنا: إنه طلاقٌ، وإن قلنا: إنه فسخٌ فهو كبيع الهازل، وفيه خلافٌ.

والتعليقُ يمْنَعُ صحَّةَ الخُلْع إن قلْنا: إنَّه فسْخٌ، وإن قلنا: إنه طلاقٌ، لم يمنع الطلاق، والقول في المال سيأتي.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الفَصْلُ الثَّانِي فِي نِسْبَةِ الخُلْعِ إِلَى المُعَامَلاَتِ): وَالتَّفْرِيعُ عَلَى أَنَّهُ طَلاَقٌ فَنَقُولُ: لَوْ قَالَ: خَالَعْتُكِ أَوْ طَلَّقْتُكِ عَلَى أَلْفٍ فَهُوَ مُعَاوَضَةٌ مَحْضَةٌ حَتَّى يَجُوزَ رُجُوعُهُ قَبْلَ قَبُولِهَا، وَلاَ بُدَّ مِنْ قَبُولِهَا بِاللَّفْظِ فِي المَجْلِسِ، وَلَوْ قَالَ: طَلَّقْتُكِ ثَلاَثاً عَلَى أَلْفٍ فَقَالَتْ: قَبِلْتُ وَاحِدَةً عَلَى ثُلُثِ الأَلْفِ لَمْ يَقَعْ، كَمَا لَوْ قَالَ: بِعْتُكَ هَذَا العَبْدَ بِأَلْفٍ فَقَالَ: قَبِلْتُ ثُلُثَهُ بِثُلُثِ الأَلْفِ، وَلَوْ قَبِلَتِ الوَاحِدَةَ بِكَمَالِ الأَلْفِ وَقَعَ الثَّلاَثُ عَلَى الأَظْهَرِ وَاسْتَحَقَّ الأَلْفَ، وَقِيلَ: يَسْتَحِقُّ مَهْرَ المِثْلِ، وَقِيلَ: لاَ يَقَعُ أَصْلاً، وَقِيلَ: لاَ يَقَعُ إِلاَّ وَاحِدَةٌ، أَمَّا إِذَا أَتَى بِصِيغَةِ التَّعْلِيقِ فَقَالَ: مَتَى مَا أَعْطَيْتِنِي أَلْفاً فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَهَذَا تَعْلِيقٌ

---

(١) في ز: وإن.

مَحْضٌ فَلاَ يَحْتَاجُ إِلَى قَبُولِهَا وَلاَ إِلَى إِعْطَائِهَا فِي المَجْلِسِ وَلاَ لَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ الإِعْطَاءِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتِنِي فَهُوَ كَذَلِكَ إِلاَّ أَنَّهُ يَخْتَصُّ بِالإِعْطَاءِ بِالمَجْلِسِ، لأَنَّ قَرِينَةَ ذِكْرِ العِوَضِ يَقْتَضِي التَّعْجِيلَ، وَلاَ يَنْدَفِعُ إِلاَّ بِصَرِيحِ قَوْلِهِ مَتَى مَا.

قال الرَّافِعِيُّ: مقصود الفَصْل بيانُ ما ينجذب[1] إليه الخُلْع من الأصول، ويشتمل عليه من الشوائب.

قال علماء الأصحاب: إن جعلنا الخُلْع فسخاً، فهو معاوضةٌ محضةٌ من الجانبَيْن، لا مدخل للتعليق فيه، بل هو كابتداء النِّكَاح والبيع؛ ألا ترى أنَّه لا يشترط وروده على عِوَض النكاح، بل يجوز إيراده على عوض جديد، فلو قال: خَالَعْتُكِ على مِائَةٍ فَقَبِلَتْ على خمسين، أو قالت: خَالِعْنِي بِمائة، فخالَعَها بخمسين، أو بخمسين فخالَعَها بمائة، لم يصِحَّ؛ كما لو قال: بِعْ عبْدكَ مني بمائة، فباعه بخمسين، أو بخمسين فباعه بمائة، وإن جعلْنَاه طلاقاً، أو جَرَى لفظ الطلاق صريحاً، فيُنْظَر في كيفية ما جَرَى أَبَدَأَ الزوج بالإيقاع، أم بدأت الزوجة بسؤال الطلاق والتماسه.

القسم الأول: إذا بدأ الزَّوْجُ بالطَّلاق، وذكر العِوَضَ، فهو معاوضة فيها شائبَةُ التعليق، أما جِهَةُ المعاوضة، فهي أنَّه يأخذ مالاً في مقابلة ما يخرجه من ملكه، وأما شائبة التعليق، فلأن وقوع الطلاق يترتب على قَبُول المال أو بَدَله، كما يترتب الطلاق المعلَّق بالشروط عليها، ثم تارةً يغْلِبُ معنى المعاوضة، وأخرى معنى التعليق، وأُخْرَى يُرَاعَى المعنيان، ويختلف ذلك بالصيغ المأتِي بها؛ فإن أتى بصيغة المعاوضَةِ، وصورتها، فقال: خالَعْتُكِ بكذا أو على كذا، أو طَلَّقْتُكِ أو أنت طالقٌ على كذا، فيغلب معنى المعاوضة وثبتت أحكامها، حتى يجُوزَ له الرجوعُ قبْل قبولها، ويلغو قبولها بعد رجوعه، ويشترط قبولها باللفظ من غير فصل، كما في البيع وسائر العقود[2]، فلو تخلَّلَ زمانٌ طويلٌ، أو اشتغلت بكلامٍ آخَرَ، ثمَّ قبِلَتْ لم ينفذ.

ولو اختلف الإيجابُ والقَبُولُ؛ بأن قال: طلقتك بألف فقبلت بألفين، أو قال: طلقتك بألف فقبلت بخمس مائة [لم] يصح؛ كما في مثله في البيع وغيره، هكذا ذكر صاحب «التهذيب» وغيره ـ [رحمهم الله] ـ وفي «الشامل»: أنَّه لو قال أنْتِ طالقٌ بألْف

---

(١) في الروضة: يلحق به.

(٢) قال الأذرعي محل هذا في الناطقة أما الخرساء فإشارتها المفهمة كنطق غيرها وقال أيضاً الأشبه أن مخالفة الناطقة بالمكاتبة صحيحة على المذهب كالبيع والطلاق، ويستثنى ما إذا قال أنتِ طالقٌ آلفي فأعطته آلفي على الفور، فإنه يقع الطلاق كما قاله ابن الصباغ والمتولي والروياني وكلام ابن داود يقتضي أنه منصوص عليه.

فقبلتْ بألفين صحَّ، ولا يلزمها إلاَّ الألْفُ؛ لأنه لم يوجب إلاَّ ألفاً، والظاهر الأول، وكذا لو قال طلَّقْتك ثلاثاً بألف، فقالت: قبلْتُ واحدةً على ثُلُث الألف لم يصح، كما إذا قال بعْتُكَ هذا العَبْد بألف، فقال: قبلتُ ثلثه بثُلُث الألف، ولو قالت: قَبِلْتُ واحدةً على الألف فوجْهَان.

أحدهما: وهو المذكور في «التتمة» أنه لا يقع شيء؛ لأنها لم تقبَل إلاَّ ثلث ما أوجب، وإذا لم يتفق الإِيجاب والقبولُ، لمْ يَصِحَّ المعاوضةُ كما لو قال: بعْتُكَ هذين العبدين بألف، فقال: قَبِلْتُ أحدهما بألف لا يصحُّ البيع، وأظهرهما الوقوع؛ لأن القبول من جهة المرأة إنَّمَا يعتبر سبب المال، وإلاَّ فالزوج مستقل بالطلاق، فإذا قبلت المالَ والتزمته، اعتبرنا في الطلاق[1] جانبَ الزَّوجْ، وأما البيع فقد قال الشيخ أبو علي رحمه الله: يُحْتَمَل أن يَصِحَّ تخريجاً، على القول بالصِّحَّة فيما إذا وكَّله ببيع عبده بمائة، فباعه بمائة وثوب وبتقدير ألا يَصِحَّ، فالفرق أن البَيْع محضُ معاوضةٍ، والخُلْع فيه تعليق الطلاق بالمال وتحصيله، فإذا حَصَل، وقَع ما أوقَعَه، وله ولاية إيقاعه، وإذا قلْنا بوقوع الطَّلاق فبما يقع فيه وجهان:

أحدهما: أن تقع واحدة، لأنَّها لم تقبل إلاَّ واحدةً، ويلغو ما لم يتَّصل به القول؛ ألا ترى أنَّها لو لم تقبل شيئاً، لا يقع شيء، وإذا قَبِلَتِ الثلاث يقع الثلاث.

وأظهرها: على ما ذكره الشيخ أبو عليٍّ وصاحب الكتاب: أنَّه يقع الثلاث وبه قال القَفَّال ـ رحمه الله ـ؛ لأن قَبُولَها إنما يحتاج إليه للمال، وأما أصْل الطلاق وعدده، فالزوج مستقل بهما، وفيما يستحق الزوج عليها، وإذا قلنا بوقوع الطلاق وجْهَان:

أظهرهما: وبه أجاب الشيخ أبو محمد وابن الحداد ـ رحمهم الله ـ أن المستحَقّ الألْفُ؛ لأن الإِيجاب والقَبُول متعلقان به ووارِدان عليه.

والثاني: ويحكى عن ابن سُرَيْج: أنَّه يفسد العوض المذكور؛ لاخْتِلاَفهما في عدد الطلاق إيجاباً وقبولاً، وهذا الاختلاف ينبغي أن يؤثر في العوض، وإن لم يؤثر في الطلاق، وإذا فَسَد العوض، كان الرُّجُوع إلى مهْر المثل، قال الشيخ أبو علي: وهذا الوجْه على قَوْلنا أنَّه لا يقع الثلاث أظْهَرُ منه على قولنا: يقع الثلاث وإن أتى الزوج بصيغة التعليق، نُظِرَ؛ إن قال: متى أعطيتني كذا، أو متى ما أعطيتني أو أي وقت أو حين أو زمان، فيغلب معنى التعليق ويثبت أحكامه، ويجعل كالتعليق بسائر الأوصاف حتَّى لا يحتاج إلى القَبُول باللفظ، ولا يشترط الإِعْطَاء في المجلس، بل تطلق متى وجد الإِعْطَاء، وليس للزوج الرجوع قبل الإِعطاء، وإن قال: إن أعطيتني أو إذا أعطيتني كذا،

---

(١) سقط في ز.

فأنْتِ طالق، فله بعض أحْكَام التعليقات؛ حتى لا يحتاج إلى القبول اللفظي ولا رجوع للزوج قبل الإعطاء وبعض أحكام المعاوضات، وهو اشتراط الإعطاء في المجلس أما ثُبوت أحكام التعليق، فلأن اللفظ والتعليق بـ «مَتَى»، وأما اشتراط الإعطاء في المجلس فلأن ذكر العِوَض قرينةٌ تقتضي التَّعْجيل؛ لأن [يرد] الإعراض بتعجيل في المعاوضات، وإنما تركْنَا هذه القضية في «متى» وأخواتها، لأنها صريحةٌ في جواز التأخير شاملةٌ لجميع الأوقات و «إن» لا تشملها، وإنما تقتضي التعليق والاشتراط فقط؛ ألاَ ترى أنَّه ينتظم أن يقال: إن أعطيتني، وإذا أعطيتني الآن، أو ساعة كذا، فلم تصلُحْ «إن»، و «إذا» دافعةً للتسوية ـ المقتضية ـ [لثبوت] التعجيل هكذا سوى الأكثرون بَيْن «إن» و «إذا»، واختار الشيخ أبو إسحاق الشيرازي ـ رحمه الله ـ إلحاق «إذا» بـ «متى» وقال إنَّها تفيد ما تفيد «متى» محتجًا بأنه إذا قيل: إلى متى أَلْقَاكَ، جاز أن يقول: إذا شئت كما يقول: «متى» و «أي وقت» شئت، ولا يجوز أن يقول: إن شئت، ثم ذكر صاحب «التتمة» أن اشتراط التعجيل مخصوصاً بما إذا كانت الزوجة حرَّةً أمَّا إذا كانت الزوجة أمةً، وقال: إن أعْطَيْتِنِي ألفاً فأنت طالقٌ فلا يعتبر الفَوْرُ في الإعطاء، بل يقع الطلاقُ، مهما أعْطَتْه وإن امتد الزمان؛ لأنها لا تقدر على الإعطاء في المجلس؛ لأنَّه لا يَدَ لَهَا الغالب، ولا مِلْكَ، بخلاف ما إذا قال: إن أعْطَيْتِنِي زِقَّ خَمْر، فأنت طالقٌ، حيث يشترط الفور، وإن لم تملك الخمر؛ لأن يدها قد تشتمل على الخمر، قال: ولو أعطته الأمَةُ ألفاً من كسبها، حصَلَتِ البينونة، لوجود الصفة، وعليه رد المال إلى السيد، ومطالبتها بمهر المثل، إذا عَتَقَتْ.

والمراد من المَجْلِس الذي يشترط فيه التعجيل مَجْلِسُ التواجب، وهو ما يحصل به الارتباط بين الإيجاب والقبول، ولا نَظَر إلى مكان العقْد، فكأن الإعطاء نازلٌ منزلة القَبُولِ، فاعتبر فيه الاتصال المعتبر في الإيجاب والقبول، وفيه وجْه حكاه القاضي ابن كج وغيره: أنَّه يقَع الطلاق إذا أعطته قبْل أن يتفرقا، وإن طالت المدة، ويجعل مجْلِس التخاطب جامعاً كما في القبض في الصَّرف والسَّلْم، والمذهب الأول.

وقوله في الكتاب: «فَهُوَ كَذَلِكَ» معلَّم بالواو، ولأن صاحب «التهذيب» حكى وجْهاً: أنّه يجوز للزوج الرجوعُ قبْلِ الإعطاء، وهو الذي أورده صاحب «المهذب»، فلا تكون «إنْ» على ذلك الوجْه كـ «مَتَى»، ويقرب منه ما حكاه القاضي ابن كج عن أبي الطيِّب بن سلمة: أن الزوج بالخيار بين أن يقبل الألف الذي أحضرته وبين ألاَّ يَقْبَلَ.

وقوله: «إلاَّ أنَّهُ يَخْتَصُّ بالإعطاء بالمَجْلِسِ» معلَّمٌ بالألِفِ، لأن عند أحمد ـ رحمه الله ـ كلمةُ إنْ بمثابة «مَتَى»؛ في أنَّه لا يشترط تعجيل الإعطاء، وبالواو؛ لأن عن «شرح التلخيص» حكاية وَجْهِ مثْلِه.

قَالَ الغَزَالِيُّ: فَأَمَّا جَانِبُ المَرْأَةِ فَمُعَاوَضَةٌ مَحْضَةٌ حَتَى يَجُوزَ لَهَا الرُّجُوعُ قَبْلَ الجَوَابِ وَإِنْ أَتَتْ بِصَرِيحِ صِيغَةِ التَّعْلِيقِ وَقَالَتْ: مَتَى مَا طَلَّقْتَنِي فَلَكَ أَلْفٌ وَيَخْتَصُّ الجَوَابُ بِالْمَجلِسِ أَيضاً نَعَم احْتُمِلَ مِنْهَا صِيغَةُ التَّعْلِيقِ لِشَبَهِهِ بِالجَعَالَةِ فَإِنَّهَا بَذَلَتِ المَالَ فِي مُقَابَلَةِ مَا يَسْتَقِلُّ بِهِ الزَّوْجُ، وَلِذَلِكَ لَوْ قَالَتْ: طَلِّقْنِي ثَلاَثاً عَلَى أَلْفٍ فَقَالَ طَلَّقْتُكِ وَاحِدَةً عَلَى ثُلُثِ الأَلْفِ اسْتَحَقَّ الثُّلُثَ كَمَا فِي نَظِيرِهِ مِنَ الجَعَالَةِ، بِخِلاَفِ مَا لَوْ قَالَ الرَّجُل ابْتِدَاء: طَلَّقْتُكِ ثَلاَثاً عَلَى أَلْفٍ فَقَبِلَتْ وَاحِدَةً لَمْ يَقَعْ لأَنَّ مَا أَتَى بِهِ صِيغَةٌ وَاحِدَةٌ، وَلَوْ قَالَ: خَالَعْتُكُمَا عَلَى أَلْفٍ فَقَبِلَتْ وَاحِدَة عَلَى خَمْسِمِائَةٍ لَمْ يَنْفَذْ لأَنَّ الجَوَابَ لَمْ يُوَافِقْ، بِخِلاَفِ مَا لَوْ قَالَتَا: طَلِّقْنَا فَأَجَابَ إِحْدَاهُمَا نَفَذَ، وَإِنْ قَالَ: خَالَعْتُكِ وَضَرَّتَكِ فَقَبِلَتْ صَحَّ لأَنَّ المُتَعَدِّدَ هُوَ المَعْقُودُ عَلَيْهِ فَقَطْ.

قال الرَّافِعِيُّ: القسْم الثَّاني: إذا بدأت الزوجةُ بسؤال الطلاق والتماسه، فأجابها الزوج، فهو معاوضةٌ فيها مشابةُ الجَعَالِةِ، أما أنها معاوضةٌ، فلأنَّها تحصل الملك في البُضْع بما تبذله من العوض[1]، وأما شائبة الجَعَالَةَ؛ فلأنها تبذل المال في مقابلة ما يستقل به الزوج، وهو الطلاق، وإذا أتى بِهِ وَقَعَ المَوْقع وحَصَل عِوَضُهما، كما أن الجَعَالة ببذل الجاعل المال في مقابلة ما يستقل العامل به، في وقوعه الموقع، وتحصيل الغرض؛ ولأن الجاعل يلتمس ما فيه خَطَرٌ قد يتأتى وقد لا يتأتى والمرأة تلتمس من الزَّوْج الطلاقَ القابلَ للتعليق بالأخطار والأغرار، ويجوز لَهَا الرُّجوع قبل جواب الزوج؛ لأن هذا هو حُكْم المعاوضات والجَعَالات جميعاً، ولا فرق بين أن تأتي بصيغةِ التعليق، فَتَقُول: إن طلقتَنِي فلك كذا، أو متى طلقتَنِي، وبين أن تقول: طَلقني على كذا؛ فإنه معاوضة في الحالتين من جِهَةِ أن المال هو الذي يتعلق بها، والمال لا يقبل التعليق، بخلاف الطَّلاَق من جانب الرَّجُل، وكأن قياس كوْنه معاوضة ألاَّ يجوز التعليقُ فيه، كما لو قال: إن بِعْتِنِي فلكِ كَذَا، ولكن لِمَا فيه من شائبة الجَعَالة احتملت فيه صيغةُ التعليق، كما لو قال: إن رددت عنْدِي فلك كذا، فكان الطلاق لسرعة نفوذه لمَّا احتمل فيه التعليق، وجعل معلقه كمنجز البيع، احْتُمِلَ في التماسه التعليقُ أيضاً، بخلاف البيع، ويشترط أن يُطَلِّقهَا في مجلس التواجُبِ على قاعدة المعاوَضَات، سواءٌ فيه صيغةُ المعاوضة، وصيغةُ التعليقِ، ولا فَرْق بيْن أن يعلق بـ«إنْ» أو بـ «مَتى»، فلو طلقها بعد تخلُّل مدة طويلة، حمل على الابتداء، لأنَّه قادرٌ عليه، ولم يلحقوه في هذا الحكم بالجعالة؛ فإن رد العبد في الجَعَالة في المجلس لا يشترط، هذا هو الظَّاهِرُ، ويجوز أن

---

(١) في ز: وما شابه.

يعلم قوله في الكتاب: «وَيَخْتَصُّ الجَوَابُ بِالمَجْلِسِ» بالواو؛ لِمَا هو مذكور في الكتاب في الفصل الثالث من الباب الرابع.

ولو قالت: طَلِّقْني ثَلاثاً على ألف، فقال: طلَّقْتُك واحدةً على ثُلُث الألف، أو اقتصر على قوله طلقتك واحدةً، وقعت الواحدة، واستحق ثلث الألف، كما لو قال في الجَعَالة، رُدَّ عبيدي الثلاثة، ولك كذا، فرد واحداً استحق ثُلُثَه، وليس كما إذا قال الزوج ابتداءً طلَّقْتُكِ ثلاثاً على ألف، فقالت: قبلْتُ واحدةً بثلثه؛ حيث قلنا: إنَّه لا يقع شيء؛ لأن ما أتى به الزوج صيغةُ معاوضة، فرتب عليه أحكام المعاوضات، وحكى الشيخ أبو علي وجْهاً: أنَّها إذا سألتِ الثَّلاثَ، فطَلَّق واحدةً لم يقَعْ شيء وغلط قائله.

ولو قال لامرأتيه خالَعْتُكُمَا بألف، أو طلقتكما، أو أنتما طالقَتَانِ، بكذا فقبلت إحداهما وحْدَها، لم يقَعْ شيء؛ لأن القَبُول لم يوافق الجواب، كما لو قال: بعتكما هذا العَبْد بألف، فقال أحدهما؛ قبلْتُ، وقد مر في «تفريق الصَّفْقة» من «كتاب البيع» وجْهُ: أنَّه يصح البَيْع في حَقِّ القائل، ولا بُدَّ من مجيئه ها هنا، وقد صَرَّح به صاحب «التتمة» والظاهر الأول، وبمثله أجَابَ صاحبُ «التَّهْذِيبِ» فيما إذا قال: طلقْتُ إحداكما بألفٍ، ولم يعينْ، فقالتا: قبلْنَا.

ولو قال: خالعْتُكِ وضرَّتَك بكذا، فقبلتْ، صحَّ الخُلْع، ولزم المال المسمى؛ لأن هناك جرى الخِطَاب معهما وها هنا الخطاب مع واحدة، وهي مختلعة لنفسها وقابلةٌ لضرتها، كما يقبل الأجنبي الخُلْعَ، ولو قالت له امرأتاه: طَلِّقنا على ألف، وطلق إحداهما، يَقَع عليها دون الأخرى، كما لو قال رجلان: رُدَّ عبدَيْنا بكذا، فرد أحدهما دون الآخر، والمال مثلهما أو نصف مثلها الواجب على التي طلَّقها منهما مهر المثل، أو حصتها من المسمى، إذا وزع على مهر المسمى توزيعاً الرؤوس فيه اختلاف قول، والأصحُّ الأول، ويجري الخلاف في الواجب على كلِّ واحدة منهما، إذا طلَّقَهُما جميعاً، وهذا الخلاف هو الخلاف المذكور في باب «الصَّدَاق» وفيما إذا خَالَع امرأتيه على ألف، وقبِلَتا، أنَّه يصح المسمَّى أو يفسد إن صح، فالتوزيع على مهر المثل أو الرؤوس، وإن فَسَد، فالواجبُ مَهْر المثل، أو ما يقتضيه التوزيع، والخلاف على ما ذكر الشيخ أبو حامد مخصوصٌ بصورة الإطلاق، أما إذا قال طلقْتُكَمَا على ألْف مُنَاصَفَةً أو قالتا: طَلِّقْنا على ألْف مناصَفَةً، فلا خلاَفَ أنَّه يكون كذلك، ولو قالَتْ: طلِّقْني [بألف][1] فقَال: طَلَّقْتُكَ بخمسمائةٍ يقع الطلاق، وتجب الخمسمائة، كما لو قال: رُدَّ عَبْدِي بألف، فقال: رددته بخمسمائة، ورده لا يستحق إلاَّ خمسمائة، وفيه وجْه، أشار

(١) سقط في ز.

إليه في «التَّتِمَّة» أنَّه لا يقع ويغلب معنى المعاوضة، وقد سبق في «البيع» أنَّه لو قال: بِعْنِي هذا بألف، فقال: بعْتُه بخمسمائة، لا يصحُّ ويمكن أن يقدَّر فيه خلاف؛ لأنا حكينا في البيع عن «فتاوى القَفَّال» أنَّه لو قال: بِعْتُكَ بألف دِرْهَم، فقال: اشترَيْتُ بألف وخمسمائة درهم، أنَّه يصح البيع والصورتان متشابهتان، هذا بيان ما قال الأصحاب بأن الخُلْع معاوضةٌ، وفيه شائبةُ التعليقِ من جانب الزوج، وشائبةُ الجَعَالةِ من جانب الزَّوْجَة، وقد ظَهَر أن الغالب عليه أحكام المعاوضات وربما تولجها شيء من أحكام التعليق والجَعَالة، لأن العرق نَزَّاعٌ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَلَوْ قَالَتَا: طَلِّقْنَا وَارْتَدَّتَا فَأَجَابَهُمَا ثُمَّ عَادَتَا إِلَى الإِسْلاَمِ صَحَّ الخُلْعُ وَإِنْ تَخَلَّلَ كَلِمَةَ الرِّدَّةِ وَهَذَا الكَلاَمُ اليَسِيرُ لاَ يَضُرُّ.

قال الرَّافِعِيُّ: قصد بهذه القضيَّة الكلامَ فيما إذا تخلَّل بين الإِيجاب والقَبُول في الخُلْع كلام آخرُ، وهذا شيء ولو أخره إلى ذكْر الصيغة لَكَان أحْسَنَ، وقد مر في «البَيْع» وغيره، أنَّه لا ينبغي أن يتخلل بَيْن الإِيجاب والقبول كلامٌ لا يتعلق بهما، فإن تخَلَّل، بَطَل الارتباطُ بينهما، وذلك في الكَلاَم الكثير، فأما الكَلاَم اليسير، فقد أطلق الإِمام فيه حكاية وجهَيْن[1]، فقال: الصحيحُ أنَّه لا بأس به، واحتج محتجون لهذا الوجه منهم القاضي الحسين ـ رحمه الله ـ بأن الشافعيَّ ـ رحمه الله ـ نَصَّ على أنَّه لو قالت له امرأتاه: طَلِّقْنَا بألف، ثم ارتَدَّتَا، ثم طلقهما، كان الطلاق موقوفاً فإن رجعتْ إلى الإِسلام في العِدَّة لزمَهُما، ونَحْن نشرح هذه المسألة [أوَّلاً]، ثم نرجع إلى ما يتعلق بالاحتجاج بها على المَقْصد المذكور، ونقدم على شرحها أنَّه إذا سألت المرأة الواحدة الطَّلاَق بعوض ثم ارتدتْ عَقيبَ السؤال، ثم أجابَها الزوج، فينظر؛ إن كان قبل الدُّخُول فتتنجز الفُرْقَة بالردة، ولا يقع الطلاقُ ولا يلزم المَال، وإن كان بعد الدخول، فالطَّلاق موقوفٌ، فإن أصرَّتْ إلى أن انقضت العدة، فلا طلاق ولا مال، وإن عادت إلى الإِسلام، بَانَ وقوع الطلاق، ولزم المال، وتُحْتَسَب العدة من وقت الطلاق، ولو قالَتْ له امرأتاه: طَلِّقْنا بألْف، وارتدَّتَا، ثم أجابهما، فإن لم يكن دخل بهما لغا الطلاق، وكذا لو كان قد دخل بهما وأصرتا إلى انقضاء العدة، وإن عادتا إلى الإِسلام قبل انقضاء العدَّة، تبين وقوع الطلاق عليهما.

وقال الحناطي: ويحتمل أن يقال: لا يقع ويجعل اشتغالهما بكلمة الرِّدَّة إعْراضاً ورجوعاً عن ذلك الالتماس، وفي العوض الواجب على كل واحدة، الخلاف المذكور في الفصْل السابق، وإن أصرت إحداهما، وعادت الأخرى، لم يَقَعِ الطلاقُ على

---

(١) في ز: فيقال.

المُصَرَّة، ويقع على العائدة، وفيما يلزمها الخلافُ السابقُ، وفي «المجرد» حكايةُ وَجْهٍ آخَرَ أنَّه يلزمها جميعُ المسمَّى، ولو ارتدَّتْ إحداهما، ثم أجابهما، وكان ذلك قبل الدخول أو بعده، وأصرت إلى انقضاء العدة، وقَع الطَّلاَقُ على المُسْلِمة دون المرتَدَّة، وكان ذلك كما لو أجاب إحداهما دون الأخرى، إذا عرف ذلك، فمن احتمل تخلُّل الكلام اليسير، احتَجَّ بهذه المسألة؛ فإن تخلل الردة لم يقْطَعْ الارتباطَ بين الكلاميين حتى حكَمْنا بصحة الخُلْع عند العود إلى الإسلام، ومن لم يحتمله قال: الكلام في صورة النَّصِّ وُجِدَ من المرأتين المخاطبتين، ولا يلزم من احتمال ذلك احتمالُه من المخاطَب المَطْلُوب منه الجوابُ، فإن المخاطب قد يشتغل إذا تم الخِطَاب بشَيْء آخَر، وهو مع ذلك متوقِّع للجواب طالب لهُ، وأما المخاطب فاشتغاله يُشْعر بالإعراض عن الجواب لكن قضية هذا الفرق أن يُقَال: لو ابتدأ الزوج، فقال: طلَّقْتُكِ بألف، فارتدَّتْ ثُم قَبِلَتْ، لا يصحُّ الخُلْع، وإن عادت إلى الإسلام، ولم يجر الأئمة على ذلك بل أجاب صاحب «التهذيب» فيما إذا ابتدأ الزوج بمثل الجواب الَّذي بيَّنَّاه فيما إذا ابتدأت المرأة بالالْتِمَاس، ولو قال لامرأتيه: طَلَّقْتُكُمَا على أَلْفٍ، فارْتَدَّتَا، ثم قبلتا، فإن لم يدْخُلْ بهما أو دخَل وأَصَرَّتَا إلى انقضاء العدة لُغِيَ الخُلْع، وإن كان قد دَخَل بهما، وعادتا إلى الإسلام في العدة، صَحَّ الخُلْع في حقهما، وإن عادت إحداهما، وأصَرَّتِ الأخرى، بطل الخُلْع في حقِّهما جميعاً، وكان ذلك كما لو قِبلَتْ إحداهما دون الأخرى، وقدَ مَّر أنَّه إذا ابتدأ والزوج بالإيجاب فلا بدّ من توافقهما على القَبُول؛ بخلاف ما إذا ابتدأت المرأتان بالالتماس، ولو خاطبهما كما ذكَرْنا وارتدَّتْ إحداهما، ثم قبلَتَا، فإن كانت المَرأة غَيْرَ مدخول بها أو مدخولاً بها، وأصَرَّت إلى انقضاء عدَّتِها، فالخُلْع باطلٌ في حقِّها، وإن عادت إلى الإسلام في العدة، صحَّ في حقهما، وإن كانت الردَّةُ بعد إيجاب الزوج، كالردة بعد التماس الزوجة، عُرِفَ أن تَخَلُّل الكلام اليسير، لا يضُرُّ، ويؤيده ما مر في باب الأذان؛ أن الكلام اليسير لا يبْطِلُه، ولو ارتدَّتَا بعد الدخول، ثم قالتا: طَلِّقْنَا بألْف، فأجابهما، وعادَتَا إلى الإسلام، وقع الطلاق، وحكى الحناطي خلافاً في أنَّه يكون رجعيًا أو يجب البدل، وهذا الخلاف عجيبٌ والقَوْل في خُلْع المرتدة سيَعُودُ إن شاء الله تعالى وبه أستعين.

قال ـ رضي الله عنه ـ:

البَابُ الثَّانِي فِي أَرْكَانِ الخُلْعِ

وَهِيَ خَمْسَةٌ: العَاقِدَانِ وَالعِوَضَانِ وَالصِّيغَةُ (الأَوَّلُ: المُوجِبُ): وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ مُسْتَقِلاً بِالطَّلاَقِ، وَيَصِحُّ خُلْعُ السَّفِيهِ وَلَكِنْ لاَ يَبْرَأُ المُخْتَلِعُ بِتَسْلِيمِ المَالِ إِلَيْهِ بَلْ إِلَى الوَلِيِّ.

قال الرَّافِعِيُّ: لا شك أنَّ الخُلْع يجْري بين اثنين، وفيه عَوضٌ ومُعَوَّض، وله صيغةٌ يعقد بها [فهذه خمسة أركان، والباب معقود] لبيانها الأوَّل: الزَّوْج وهو المُوجب ابتداء، والمجيب لسؤال الطَّلاَق بناءً، ويشترط أن يكون ممن ينفذ طلاقُه، فلا يصحُّ خُلْع الصبي، والمجنون، ويصح من المَحْجُور عليه، بالفَلَس والسَّفَه، سواءٌ أذِنَ الولي أو لم يأذن، وسواء كان العِوَض قَدْرَ مهر المثل، أو دُونَه، فإنَّ ذلك لا يزيد على الطلاق مَجَّاناً، وطلاقها مَجَّاناً نافذ، لكن لا يجوز للمختلع تسليمُ المال إلى السفيه، بل يسلمه إلى الوليِّ، فإن سلم إلى السفيه وكان الخُلْع على عين مال، يأخذها الوليُّ من يده، فإن تَرَكَها في يده حتى تَلفَ بعد العلْم بالحال، ففي وجوب الضَّمَان على الوليِّ وجهان: حكاهما[1] الحناطي، وإنْ تلف في يد السفيه، والوليُّ لا يعلم التسليم، فيُرْجَعُ على المختلع بمهر المثل في أظهر القولين وبقيمة العين في الثاني؛ لأنَّه حصل التلف قبل الوصول إلى مستحق القبض، وإن كان الخُلْع على دَيْن، فيرجع الوليُّ على المختلع، بالمسمى؛ لأنَّه لم يجر قَبْضٌ صحيح، تحصل به البَرَاءة، ويسترد المختلع من السفيه، ما سلمه إليه، فإن تلف، فلا ضَمَان عليه؛ لأنه الَّذي ضيَّع مالَه بالتسليم إليه، فصار كمَنْ باع من السفيه شيئاً وسلَّمَه إليه، فَتَلِفَ عَنْده، وهذا كلُّه فيما إذا كان التسليمُ إلى السفيه بغير إذْن الوليِّ، فإن كان بإذنه ففي الاعتدادِ بِهِ وجهان عن الداركي، وفي «المُجَرَّد» للحناطي، تعرض للوجهين وترجيح لوجه الاعتداد[2].

ويصحُّ خُلْع العبد، وإن لم يأْذَنِ السيد، وكان العِوَضُ دون مَهْر المثل، ويدخل العِوَض في ملك السيد[3] قهراً كأكسابه، على ما مَرَّ في باب مداينة العَبِيد، والمختلعُ لا يسلِّم المال إليه، بل إلى السَّيِّد فإن سلمه إليه، فعلى ما ذكرنا في السفيه، إلاَّ أن ما يَتْلَفَ في يد العبد، يطالبه المختلع بضمانه، إذا أعتق، لأن الحَجْر على العَبْد؛ لحَقِّ السيد، فيقتضي نفي الضمان ما بقي حق حجر السيد، والحَجْر على السفيه لِحَقِّ نَفْسه،

---

(١) قال الشيخ جلال الدين البلقيني جزم الرافعي في باب اللقطة في نحو هذه المسألة بأن الضمان على الولي وهي ما إذا التقط الصبي، وفرعنا على صحة التقاطه وهو المذهب فإن على الولي أن ينتزعها من يده فإن قصر بتركها في يده حتى تلفت أو أتلفها لزم الولي الضمان في مال نفسه وشهوة بما إذا احتطب الصبي وتركه الولي في يده حتى تلف أو أتلفه الصبي يجب الضمان على الولي؛ لأن عليه حفظه عن متلفه. انتهى ومقتضى هذا الجزم بإيجاب الضمان على الولي؛ لأن السفيه في الالتقاط كالصبي وحكمه ما تقدم. انتهى.

(٢) قضيته الاعتداد بقبضه قال الشيخ البلقيني في «التدريب» أنه الأصح ذكره في «باب الحجر» ونقله هنا في حاشية الروضة عن الروياني في الكافي قال في التدريب وقياسه أن يجري في كل دين والأعيان أولى. وقال الأذرعي: أن نص الأم يفهم منه ذلك يعني ما رجحه الحناطي، ولو قال السفيه لزوجته الرشيدة: إن أعطيتني ألفاً فأنتِ طالقٌ فأعطته ألفاً طلقت ولا ضمان، صرح بذلك الماوردي.

(٣) في ز: فهو.

بسبب نقصانه، وذلك يقتضي نفي الضمان حالاً ومآلاً، وخلع المدبر والمُعْتَق بعضه كخُلْع القنّ فإنْ جرت مهايأة بين من بعضه حر، وبين سيده، فليكن عوض الخُلْع من الأكْسَاب النادرة، وليجيء فيه الخلافُ، وأما المكاتَبُ، فيسلمُ عِوَضُ الخُلْع إليه؛ لصحة يده واستقلاله، وقوله في الكتاب: «وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ مُسْتَقِلاً بِالطَّلاَق» لفظ الاستقلال إنما يحسن إطلاقه فيما له مقابِلٌ ويحوج إلى مشاورة ومراجعةٍ أو يدخل تحت ولاية، والطَّلاَق ليس بهذه المشابه، فالمعتبر أن يكون الزَّوْج بحيث ينْفَذُ طلاقُهُ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الرُّكْنُ الثَّانِي: القَابِلُ): وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ أَهْلاً لالْتِزَامِ المَالِ، وَالْتِزَامُ الْمُكَاتَبَةِ المَالَ فِي الخُلْعِ تَبَرُّعٌ، وَالْتِزَامُ الأَمَةِ فَاسِدٌ يُوجِبُ الرُّجُوعَ إِلَى مَهْرِ المِثْلِ إِذَا عُتِقَتْ، وَقِيلَ: يَثْبُتُ المُسَمَّى وَيُطَالَبُ بَعْدَ العِتْقِ، وَاخْتِلاَعُهُمَا بِإِذْنِ السَّيِّدِ صَحِيحٌ، وَلاَ يَكُونُ السَّيِّدُ ضَامِناً لِلْمَالِ فِي الجَدِيدِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يشترط في قَابِل الخُلْعِ من الزوجة أو الأجنبيّ أن يكون مُطْلَق التصرف في المال، صحيحَ الالتزام، والمحجورون أنواعٌ: فَمنهم: المَحْجُور؛ بسَبَب الرِّقّ، فإذا كانت الزوْجَة [المختلعة] أَمَةً ـ لم يَخْلُ: إمَّا أن يختلع بغَيْر إذن السيد، أو بإذنه، فإن اختلعت بغير إذْنِه نُظِرَ إن اختلعت بغير مال السيد، ففي أمالي أبي الفَرَج السرخسي حكايةُ قولٍ عن الإملاء: أنَّه يَقَع الطلاق رجعيًّا؛ لأنَّه إذا علم أن المال للسيد، و [أنَّه] لا إذْنَ منه، لم يكن طامعاً في شَيْء وكان كما لو خَالَع السَّفِيه، والمشهور أنَّه تحصل البينونة، كالخُلْع على الخَمْر والمغصوب والمستحق عليها مهر المثل أو بدل تلك العين فيه قولان:

أصحُّهُما: أوَّلُهمَا وإن اختلعتْ على دَيْن، حصلت البينونة، والمستحق عليها مهر المثل، كما لو تزوَّج العبد بغَيْر إذن السيد، ووَطِىءَ، يكون الواجب مهْرَ المثل، أو المسمَّىٰ، ويصح التزامها، ويرفع الحَجْر عما تعلق بالذمة فيه وجهان أو قولان مُشَبَّهان بالخلاف في صحة شرائه وضَمَانِهِ بغَيْر إذن السيد، والذي أجاب به العِرَاقيُّون في هذا الخِلاَف ثُبُوت المسمَّىٰ، ويحكى كذلك عن اخْتيار القَفَّال والشيخ أبي عليٍّ [أيضاً]، ولكن نظم الكتاب يقتضي ترجيح القول بأن المستحِقَّ مهْرَ المثل، وهو المذكور في «التهذيب» والموافق لِمَا مَرَّ في الشراء والضمان، فإنَّا بيَّنَّا أنَّ الأَصَحَّ فيهما البُطْلاَن.

وما حكمنا بثبوته في اختلاعها، بغير إذن السَّيِّد يتعلق بِذِمَّتِهَا تطالب به بعد العتق، ولا مطالبة في الحال محافظةً على حق السيد، وإن اختلعتْ بإذْن السَّيِّد، فإمَّا أن يبين العِوَض أو يطلق الإذن، فإن بينه، نُظِرَ، إنْ كان عيْناً مِنْ أعيان ماله، نَفَذ الخلع، واستحق الزوج تلْك العين، وإن قُدِّرَ دَيْناً بأن قال: اختلعي نفسك بألف، ففعلتْ، تعلَّقَ الألف بكَسْبِها، كمَهْرِ العبد في النكاح المأذون فيه وإن زادت على ما قدر، فالزيادة في

ذمَّتِها، وإن قال: اختلعي بما شِئْتِ اختلعت بمَهْرِ المثل، وبالزيادة علَيْه إنْ شاءت، وتعلَّق الكُلُ، بكَسْبها. قاله في «التهذيب» وكأنه أراد بمهر المثل وإلاَّ فقد ذكرنا في «الوَكَالَة»، لو قال لوكيله: بِعْه بما شئْتَ، لا يجوز لَهُ البَيْع بالغَبْن، وإنَّمَا يجوز بغير نقْد البلد، وقضية ذلك ألاَّ يَكُون الزائد على مَهْر المِثْل ها هنا مأذوناً فيه، وإن أطلق الإِذن في الاختلاع، فقضيته مهْر المثل، فإن اختلعت بقَدْر مهر المثل أو دونه، تعلَّق بكسبها وإن زادَتْ فالزيادة في ذمتها، وما تعلق بكسبها عنْد الإِذن، يتعلَّق بما في يدها من مال التجارة، إن كانَتْ مأذونةً في التجارة أيْضاً، وإذا جَرَى الخُلْع، بإذن السيِّد والعِوَض دَيْن، ففي كون السيد ضامناً له الخلافُ المذكور في أنَّه هلْ يكون ضامناً للمَهْر إذا أذن للعبد في النكاح.

واختلاع المكاتَبَة بغَيْر إذْن السيد كاختلاع الأَمَة بغير إذنه؛ لتعلق حَقِّ السيِّد بكسبها وما في يدها، وإن اختلَعَتْ بإذنه فطريقان[1]:

أظهرهما: أنَّه على القولَيْن في هبة المكاتَبِ وتبرعاته بإذْن السيد، ووجه كونه تَبَرُّعاً أنَّه تفويت مالٍ لا بعوضٍ مَالِيٍّ.

وإن قلْنَا: لا يصحُّ وهو المنصوص ها هنا، فخالعها بالإِذن كهو بغير الإِذْن، اختلعت بالدَّيْن أو بالعَيْن، وقد بيَّنَّا الحُكْم فيهما، وحكى الحناطي وجهاً، فيما إذا اختلعَتْ بعين من مال السيد، بغير إذْنِه، أنَّه يرجع بالأقَلِّ من مهر المثل أو بَدل العين، ولا بدّ من مجيئه في الأَمَة، إن صحَّحْنا تبرُّعَه بالإِذْن فَكَمَا ذَكَرْنا فيما إذا اختلعتِ الأَمَة بالإِذْنِ.

والطريقُ الثَّاني: القَطْع بالبُطْلاَن بخِلاَف سائر التبرُّعات فإنه يتعلَّق بها معه ثَوَاب دنيويّ وأخروي وليس في الخُلْع مثْل هذه الفائِدَةِ، وأنَّه يفوت مرافق النِّكَاح على المُخْتَلِعَة فلَيس لَهَا تفويتُ المَال عليه، والقول الذَّاهب إلى أن السَّيد يكون ضامِناً لعوض الخُلْع في حق الأمة، لا يجيء في اخْتلاَع المُكَاتبة ذَكره الشيخ أبو الفرج الزاز - رحمه الله - وعلَّل بأن للمكَاتَبَة يَدَاً ومالاً يُطْمِع فيه الزَّوْجَ بخِلاَف الأمة.

وقوله في الكتاب: «وَالْتِزَامُ المُكَاتَبَةِ المَالَ فِي الخُلْعِ تَبَرُّعٌ» وإشارة إلى أنَّه على خلافٍ في تبرُّعَات المكاتَب بإذن السيد.

وقوله: «والْتِزَامُ الأَمَةِ فَاسِدٌ» إنما يطلق لفْظ «الفَسَاد»؛ للرجوع إلى مَهْر المثل، ونزوله منزلة الخُلْع، على الأعواض الفاسدة وعلى الوجْه الذي نَقُول بثبوت المسمَّىٰ يطلق القول بصحته؛ كخلعها بالإِذن.

(١) في ز: نظر فقال.

فَرْعٌ: اختلع السيد أَمَتَه الَّتي هي تحت حُرٌ أو مكاتَبٍ على رقَبَتِها.

قال إسماعيل البوشنجي: تحصلت فيه بعد إمعان النظر على وَجْهَيْنِ:

أحدهما: أنَّه تحصل الفُرْقَة، ويكون الرجوع إلى مَهْر المِثْل؛ لأنَّه خُلْع على بدل لم يسلَّم له، فإن البَدَل هو تَمَلُّك الرَّقَبة، وفُرقة الطلاق وتملك الرقبة لا يجتمعان، وإذا لم يسلَّم البدل أشْبَهَ ما إذا خالَعَها على خَمْر أو مغصوبٍ وأصحهما أنَّه لا يصحُّ الخُلْع أصْلاً؛ لأنَّه لو حَصَلَتَ الفُرْقَة، لقارنها مِلْك الرقبة؛ فإنْ العوضين يتساوقان[1] والملْك في المنكوحة يمنع وقوع الطلاق، وهذا كما قال الأصحاب فيمن علَّق طلاق زوجته المملوكة لأبيه على مَوْت أبيه، أنَّه لا يقع الطلاق، إذا مات الأَبُ؛ لأنَّ حصول الملك فيه حالَةَ مَوْتِ الأب يمنع وقُوعَ الطلاق، حتى لو كان الأَبُ قَدْ قال: إذا مِتُّ فهي حُرَّةٌ يقع الطلاق عند مَوْت الأب، والله أعْلَمُ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَٱخْتِلاَعُ السَّفِيهَةِ فَاسِدٌ لاَ يُوجِبُ المَالَ وَإِنْ كَانَ بِإِذْنِ الوَلِيِّ وَلَكِنْ إِذَا قَبِلَتْ وَقَعَ الطَّلاَقُ رَجْعِيّاً، وَإِذَا ٱخْتَلَعَت الصَّبِيَّةُ لَمْ يَقَعِ الطَّلاَقُ رَجْعِيّاً لأَنَّ لَفْظَهَا فِي القَبُول فَاسِدٌ، وَالمَرِيضَةُ إِنِ ٱخْتَلَعَتَ بِمَهْرِ المِثْلِ صَحَّ، وَالزِّيَادَةُ تُحْتَسَبُ مِنَ الثُّلُثِ دُونَ الأَصْلِ (ح).

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ومن أسباب الحَجْر السَّفَهِ، فإذا قال لزوجته المحجورِ عليها بالسفه: خالَعْتُكِ على ألف، أو طلَّقْتُكِ على ألف فقبلَتْ، وقع الطلاق رجْعيّاً، سواءٌ قبلَتْ ذلك بإذن الولي، أو دون إذنه، ولا يلزمها المَالُ؛ لأنَّهَا ليست من أهل التزام المال، وليس للولي صَرْفُ مالها إلى هذه الجهة، وإن لم تَقْبَلْ لا يقع الطلاق؛ لأنَّ الصيغة تقتضيه، فهو كما لو علَّق الطلاق على صفةٍ لا بدّ من حصُولها، ولو قال لها: طَلَّقْتُك على ألفٍ إن شئْتِ، فقالت على الاتصال: شِئْتُ، يقع الطلاق رجعيًّا أيضاً، ولو ابتدأت فقالت: طلِّقْنِي على كذا، فأجابها، فكذلك الجواب.

ولو كانَتْ له امرأتان رشيدة مطلقةٌ ومحجورٌ عليها، فقال: طَلَّقْتُكُمَا على كذا، فقَبِلَتَا، وقع الطلاق على المطلقة بائناً، وعليها مهْرُ المِثْل على الأصحِّ، وعلى السفيهة رجعيّاً، وإن قبِلَتْ إحداهما وحدها لم يقع عليها شيْءٌ، ولو كانتا سفيهتين، فقال: طلقتكما على ألف، فقبلتا، وقَعَ الطلاق عليهما رجْعِيّاً.

وإن قبِلَتْ إحداهما وحدها لم يقع شَيْء، ولو ابتدأتا فقالتا: طلِّقْنَا على كذا، فطلقهما، وقَعَ الطلاقُ على السفيهة رجعيّاً وعلى الأخرى بائناً، وإن أجاب السفيهةَ وقع

(١) في ز: يتساويان.

الطلاقُ عليهما رجعيًّا وإن أجاب الأخرى وقع بائناً، وأصول هذه الصورة قد تقدَّمَتْ.

وقوله وأنْتُمَا طَالِقَتَانِ عَلَى أَلْفٍ إنْ شِئْتُمَا كقوله: «طَلَّقْتُكُمَا علَى ألْف» في جميع ذلك.

ومنها الجُنُون والصِّغَر، فقبول المجنونة والصغيرة اللَّتانِ لا تمييز لهما لَغْوٌ، ويلغو قول الزوج لها: أنْتِ طالِقٌ على كذا، ولو قال ذلك لصغيرة مميِّزَةٍ فقبِلَتْ ذلك ففيه وجْهَان:

أحدهما: أنَّه لا يقع الطلاق أصْلاً؛ لأنها ليست أهلاً للقبول ولا عبرة بعبارتها بخلاف السفيهة.

والثاني: أنَّهُ يقع رجعيًّا كما في السفيهة ويكتفى بقبولها للوقوع كما اكْتِفِيَ بقبول السفيهة، وإن لم تكن أهلاً للالتزام، والوجهان قريبان من الوجهين فيما إذا قال للصبيَّة أنْتِ طالقٌ إن شئت، فقالت: شئْتُ أو هما هما والوجْه الأول أظهَرُ عند الإمام والمصنِّف ـ [رحمهما الله] ـ وهو الذي أورده في الكتاب، ورجَّح صاحب «التهذيب» الثانِيَ، ويؤيده أن أبا سعْدٍ المتولِّيَ ذكر أن هذا الخلاف مبنيٌّ على القولين في أن الصبيَّ هل له عمر؟ والأصحُّ في تلْك المسألة أن له عمراً.

ومنها: مرَضُ الموت، فإذا اختلعت في مرض الموْتِ نُظِرَ إن اختلعتْ بمهر المثل، أو أقَلَّ، نفَذَ ولم يعتبر من الثلث، وقد مَرَّ في خُلْع المكاتَبَة أنَّ الخُلْع تبرُّعٌ وقضيته أن يعتبر من الثُّلُث، وإن كان بمهر المثل، أو أقلَّ، قال الأئمة، التصرُّفِ على المريض أوسَعُ وملْكه أتَمُّ؛ ألا ترى أن له أنْ يَصْرِفَ المال إلى ملاذه وشهواته، وأنَّه يجوز له نكاحُ الأبْكَار بمهور أمثالهن، وإنْ لم يقدِرْ على الاستمتاع بهِنَّ، وأنَّه يجب عليْه نفقةُ الموسرين، والمكاتَبُ لا يتصرف إلاَّ بقَدْر الحاجة، ولا يجب عليه إلاَّ نفقةُ المُعْسِرين ونُزِّلَ الخلعُ في حق المكاتَبَةِ منزلةَ التبرُّعات، لأنه من قبيل قضاء الأوطار الَّذي يُمْنَع منه المُكَاتَب دون المريض، وإن اختلعت بأكثر من مهر المثل، فالزيادة، كالوصية للزوج، فتعتبر[1] من الثلث، ولا تكون كالوصية للوارث؛ لخروجه بالخُلْع عن أن يكون وارثاً، فإذا اختلعتْ بعبد قيمتُه مائةٌ ومهر مثلها خمسون، فقد حابت بنصف العبْد، فيُنْظَر، إن خرجت المحاباة من الثُّلُث، فالعبد كلُّه للزوج عوضاً ووصيةً، وحكى الشيخ أبو حامد وجْهاً آخر أن له الخيارَ بَيْنَ أن يأْخُذَ العَبْد وبين أن يفْسخ العقْد فيه، ويرجع إلى مَهْر المثل؛ لأنه دخل في العقد على أن يكون كلُّ العبد عوضاً، وقد صار بعضُه عوضاً، وبعضُه وصيةً، والظاهر الأول؛ لأن الخيار إنَّما يثبت للتشقيص، والعَبْدُ له بتمامه، وإن لم يخرج من الثلث، بأن كان عليها دَيْن مستغرقٌ، لم تصح المحاباة،

(١) في ز: معتبر.

والزوج بالخيار بَيْنَ أن يمسك نصْفَ العبد، وهو قَدْر مهر المِثْلِ، ويرضى بالتشقيص، وبين أن يَفْسَخ المُسَمَّى، ويضارب الغرماء بمهر المثْل، وإن كان لها وصايا أُخَرُ، فإن شاء الزوج أخَذَ نصْفَ العبد، وضارب أصحابَ الوصايا في النصف الآخر؛ لأنه في النصْف الآخر كأحدهم وإن شاء فَسَخ المسمى، وتقدم بمهْر المثل على أصحاب الوصايا، ولا حقَّ له في الوصيَّة، لأن الوصيَّة له كانَتْ في ضمن المعاوضة وقد ارتفعت بالفَسْخ، وإن لم يكن دين ولا وصية ولا شيء لها سوى ذلك العبد، فالزوج بالخيار، إن شاء أخَذَ ثُلُثَي العبد، نِصْفَه بمهر المثل، والسدُسَ الباقِيَ بالوصية، وإن شاء فَسَخ، وليس [له] إلا مَهْرُ المثل. وأمَّا مرض الزوج، فلا يؤثِّرُ في الخُلْع بل يصحُ خلْعُه في مرض الموت، وإن كان بدون مهر المثل؛ لأن البُضْع لا يبقى للوارث، وإن لم يجر خُلْع، فلا معنى للاعتبار من الثلث؛ كما لو أعتق مستولدته في مرَض المَوْت لا يعتبر من الثُلُث، ولأنه لو طلق امرأته بلا عوَضٍ في مرض المَوْت، لا يعتبر قيمة البُضْع من الثلث، فكذلك إذا نقص عن مهر المثل.

وقوله في الكتاب: «دُون الأَصلِ» معلَّم بالحاء؛ [لأن][1] عند أبي حنيفة ـ [رحمه الله] ـ إذا اختلعت المرأة في مَرَض الموت، يعتبر جميعُ العوضِ من الثلث، وإن كان دون مهر المثل، وهو إحْدَى الروايتين عن مالك ـ رحمه الله ـ، والرواية الأخرى أنَّه إن كان العوض بقدر ما يرث من مالها، لولا الخلع، لم يعتبر من الثلث، وإن كان أكثر، فالزيادة من الثلث؛ لأنَّ الزيادَةَ كانت تَفُوتُ على الورثة، لولا الخُلْع، بخلاف قَدْر الميراث، ويروى عن أحمد ـ رحمه الله ـ مثْلُ ذلك.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الرُّكْنُ الثَّالِثُ المُعَوَّضُ): وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ مَملوكاً لِلزَّوجِ فَلاَ يَصِحُّ خُلْعُ البَائِنَةِ وَالْمُخْتَلِعَةِ، وَيَصِحُّ خُلْعُ الرَّجْعِيَّةِ عَلَى أَحَدِ القَوْلَيْنِ لِقِيَامِ المِلْكِ، وَيَصِحُّ خُلْعُ المُرْتَدَةِ إِنْ عَادَتْ إِلَى الإِسْلاَمِ قبْلَ العِدَّةِ، وَإِنْ أَصَرَّتْ تَبَيَّنَ الطَّلاَقُ.

قال الرَّافِعِيُّ: إنما يبذل المال في الخُلْع؛ لإزالة المِلْك عن البُضْع وهو المعوض، ويشترط أن يكون مملوكاً للزوج؛ ليقابل العوض إزالته.

فأمَّا البائنةُ من المختلعة وغَيْرها، فلا يَصِحُّ خُلْعُها؛ لأنَّه لا ملك فيها، وفي خُلْع الرجعية قولان:

أصحُّهما: أنَّه يصحُّ، ويثبت المِلْك؛ لأنها كالمنكوحة؛ ألا ترى إلى استمرار أكثر أحكام النكاح.

---

(١) سقط في ز.

والثاني: لا يصح؛ لزوال الملك، وفقْدَان الحاجة إلى الافتداء، ورأى أبو سعيد المتولي بناءَ القولين على الخِلاَف في أن الطلاق الرجعيَّ، هل يُزِيل ملك النكاح، أم لا؟ وهذا أصل يذكر في «كتاب الرجعة» وعن رواية الشيخ أبي علي وجه فارقٌ إنَّه يصحُّ اختلاعها بالطلقة الثالثة، دون الثانية؛ لأن الثالثة تفيد الحُرْمَة الكبرى، والثانية لا تفيد شَيْئاً وإذا قُلْنا: أنه لا يصحُّ خُلْع الرجعية، فحكاية الإمام وغيره عن الأصحاب ـ يرحمهم الله ـ أنَّه يقع الطلاق رجْعياً، إذا قبلت، كما في السفيهة.

ولو خالع المرتدة المدخولَ بها، فهو موقوف إن عادت إلى الإسلام قبل انقضاء العدَّة، تبين صحة الخُلع، ولزوم المالُ المُسَمَّى وإلاَّ تبين أن الخُلع باطلٌ وأن النكاح قد انقطع من وقت الردة، وكذا الحكم لو ارتد الزوج بعد الدخول، أو ارتدا معاً ثم جرى الخُلْع، وكنا لو أسلم أحد الزوجين الكافرين بعد الدخول، ثم تخالَعَا وأطلق في «التَّتِمَّة» القوْلَ بأنَّه لا يصح الخُلْع بعْد تبديل الدِّيْن، لأن الخُلْع فيه معنى المعاوضةِ، والمعاوضةُ تستدعي الملْك في المعقود عليه، وهي كالزائلة عن ملْكه؛ ولذلك يحكم بالفُرْقَة من وقت التبديل إذا لم يجمْعهما الإسْلام في العدة، وهذا يقتضي إعلام قوله في الكتاب: «وَيَصِحُّ خُلْعُ المُرْتَدَّة إنْ عَادَتْ إِلَى الإِسْلاَم قَبْلَ العِدَّةِ» وإلى الخلاف أشار في «الوسيط» بقوله: «وَلَهُ[1] التَّفَاوُتُ إِلَىٰ وَقْفِ العُقُودِ» والله أعلم.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الرُّكْنُ الرَّابعُ: العِوَضُ): وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونُ مَعْلُوماً مُتَمَوَّلاً، فَإِنْ كَانَ مَجْهولاً فَسَدَ الخُلْعُ وَنَفَذَت البَيْنُونَةُ بِمَهْرِ المِثْلِ، وَإِنِ اخْتَلَعَتْ بِخَمْرٍ أَوْ مَغْصُوبٍ لَزِمَ مَهرُ المِثْلِ فِي قَوْل، وَقِيمَتُهُ فِي قَوْل، وَلَوْ اخْتَلَعَتْ بِالدَّمِ وَقَعَ الطَّلاَقُ رَجْعِياً لأَنَّهُ لاَ يُقْصَدُ، وَالْمَيْتَةُ قَدْ تقْصَدُ فَهِيَ كَالْخَمْرِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: عِوَضُ الخُلْع سبيلُه سبيل الصَّدَاق، فلا يتقدر، ويجوز أن يكون قليلاً وكثيراً، عَيْناً ودَيْناً، ويشترط فيه أن يكون معلوماً متموَّلاً مع سائر شرائط الأعواض، كالقُدْرة على التسليم، واستقرار الملْك وغيرهما وتفصيله بصُوَرٍ إحداها: لو خَلَع على مجهول، حَصَلت الفُرْقَة، وكان الرجوعُ إلى مَهْر المثل[2]، أما حصول

---

(١) سقط في ز.

(٢) قال في الخادم: هذا إذا كان بغير تعليق أو كان معلقاً بإعطاء المجهول وغيره مما يتحقق إعطاؤه مع الجهالة، أما إذا قال إن أبرأتني من صداقك أو دينك أو نحو ذلك فأنتِ طالقٌ فأبرأته وهي جاهلة به لم يقع الطلاق؛ لأن الإبراء من المجهول لا يصح فلم يصح الإبراء فلم يوجد ما علق عليه الطلاق فلا يقدم لعدم حصول شرطه. ولا بدّ أن يعلم الزوج القدر المبرأ منه وإلا فلا تصح البراءة ولا يقع الطلاق.

الفرقة؛ فلأن الخُلْع إما فَسْخ النكاح، أو طلاقٌ إن كان فسخاً، فالنكاح لا يفْسُدُ بفساد العوض، فكذلك فَسْخه، إذ الفسوخ تحكي العقود، وإن كان طلاقاً، فالطلاق يحصل بلا عوض، وماله حصول بلا عوض يحصل مع فساد العوض، كالنكاح، بل أَوْلَىٰ؛ لقوة الطلاق وسرايته، وأما الرجوع إلى مَهْر المثل؛ فلأن قضية فساد العوض ارتدادُ العِوَضِ الآخر، والبُضْعُ لا يرتد بعد حصول الفُرْقة، فوجب رَدُّ بدله على ما سبق في فَسَاد الصَّداق ومن صور الجهل ما إذا خالع على عبد أو ثَوْب من غير تعيين، ولا وصف، ومنها الخُلْع على حمل البهيمة، أو الجارية، ولا فَرْق بيْن أن يقول: خَالَعْتُكِ على حمل هذه الجارية، وبين أن يقول: خالَعْتُك بما في بطنها، وعن أبي حنيفة أنَّه إذا خالَعَهَا على حَمْل الجارية، فإن كان معها حمل، صحَّ الخُلْع بذلك الحمل، وإن لم يكن حَمْلٌ، رجع عليها بما أخذَتْ من مهر المثل.

وإن قال: خالَعْتُكِ بما في بطْن هذه الجارية، فإن كان مَعَها حمل، ثبت المُسَمَّىٰ، وإلاَّ لم تستحقَّ شيئاً، وعن مالك ـ رحمه الله ـ يجوز الخُلْع بالحمل، وزاد فقال: لو قال: خالَعْتُكِ على ما ستحمل هذه الجارية أو الشجرة، يصح بالتسمية تشبيهاً بالوصية، وأطلق صاحب «التهذيب» وغيره أن عند أبي حنيفة: أنَّه يسقط الأجل، ويصح العوض والخُلْع ولو خالع بألف إلى أجل مجهول أو خالع بشَرْط فاسد، كما إذا شَرَط ألا ينفق عليها، وهي حامل، أو على أن لا سُكْنَىٰ لها، أو لا عدَّة عليها، أو أن يطلق ضرتها يوجب الرجوع إلى مَهْر المثل، كما ذكرنا في الشروط الفاسدة في النِّكَاحِ.

[ولو] خالَعَهَا على ما في كَفِّهَا، فإن لم يعلم ما في كفِّها، أو علم ولم نُصَحِّحْ بيع الغائب، فالرُّجُوع إلى مهْر المثل، كما في سائر المَجَاهِيل، وإن علم وصحَّحْنا بيع الغائب، صحَّتِ التسمية، وإن لم يكنْ في كفِّها شيْءٍ، ففي «الوسيط» أنَّه يقَعُ الطلاق رجعيًّا، والذي حكَاه غيْره، أنَّه يكون بائناً والرُّجوع إلى مهر المثل ويُشْبه أن يكون الجوابُ الأوَّل فيما إذا كان عالماً بصورة الحال.

والثاني: فيما إذا ظَنَّ في كفها[1] شيئاً، وعن أبي حنيفة: أنَّه ينزل على ثلاثة دراهم، ووجه بأن المقبوض في الكَفُّ ليس إلاَّ ثَلاَثَة؛ لأنَّه لا معنى لقَبْض الإِبْهَام والمسبحة[2]، ثم المعاملة تقع بالنَّقْد فكان التنزيل عليه أَوْلَىٰ، وينزل من النقد على الدراهم، لأنها أدْنَى.

---

(١) قال النووي: المعروف الذي أطلقه الجمهور، كأصحاب «الشامل» و «التتمة و «المستظهري» و «البيان» وغيرهم [illegible] مهر المثل، وهو مقتضى كلام إمام الحرمين.

(٢) يعني: [illegible].

والثانية: إذا خالعها على ما ليس بمال؛ كخمْرٍ، وخنزيرٍ، وحُرٍّ بانت، فالرجوع إلى مهْر المثل، أو إلى بدل المذْكُور فيه قولان:

أصحهما: أولهما[1] وهما كالقولين فيما إذا أصْدَقَها خمراً أو خنزيراً، ولو خالع على مغصوب فكذلك، ويُفرق بيْن أن يقول: خالَعْتُك على هذا العبد، فبان حُرّاً وبيْن أن يقول: خالَعْتُكِ على هذا الحُرّ في أظْهَر الطريقين، حتَّى يقطع بوجوب مهر المثل في الصورة الثانية؛ لفساد الصيغة، وكذا يُفرق بين أن يقول: خالَعْتُك على هذا العبد، فَبَانَ مستحقًّا، وبيْن أن يقول: خَالَعْتُكِ أو طلَّقْتُكِ على هذا العبد المغصوب، حتى يقطع بوجوب مهر المثل في الصورة الثانية.

وعن أبي حنيفة، ومالك وأحمد ـ رحمهم الله ـ: أنَّه إذا خالَعَهَا على خَمْر أو خنزير، بَانَتْ منه ولا شيءَ عليها، وعن القاضي حسين وجْه: فيما إذا خالَعَ على خَمْر أو مغصوب أنَّه يقع الطلاق رجعيًّا، لأن المذكور ليس بمال، فلا يظهر طَمَعُه في شيْء، والمشهور ما سبق، ولو خالعها على دَم، وقَعَ الطَّلاق رجعيّاً، وعلَّل بأنَّه لا يقصد بحال، فكأنه لم يطمع في شيء، وقَدْ يتوقف في هذا؛ فإن الدم قد يُقْصَدُ لأغراض، ثم قضيته أن يقال: إذا أصْدَقَها دماً يجب مهر المثل لا محالة، فيكون ذكر الدم كالسكوت عن المهر، والمَيْتَةُ قَدْ تُقْصَدُ لإطعام الجوارح، ولأوقات الضرورة؛ فالخُلْع عليها كالخُلْع على الخمر والخنزير، لا كالخلع على الدم.

وقوله في الكتاب: «فَإِنْ كَانَ مَجْهُولاً فَسَدَ الخُلْعُ ونَفَذَتِ البَيْنُونَةُ» ليعلَّم بالواو؛ لأن في «التَّتِمَّةِ» ذكر وجه أنَّه لا تحصل الفرق في صورة الجَهْل وسائر صور فساد العوض، بناءً على أن الخُلْع فَسْخ، وأنه لو خالعها، ولم يذكر عوضاً، لا تحصل الفرقة، ووجْهه إلحاقُ الفَاسِد بالمَعْدُوم.

وقوله: «بِمَهْرِ المِثْلِ» معلَّم بالحاء؛ لَمَا سبق، وكذا قوله فِي الاخْتِلاَعِ بِالخَمْرِ والمَغْصُوبَ «لَزِمَ مَهْرُ المِثْلِ في قَوْل، وقيمته في قولٍ» معلمان بالحاء والميم والألف و [لا] يجوز إعلامهما بالواو؛ للوجه المَذْكُور في سائر صور فساد العوض، أنَّه لا تحصل الفرقة؛ فإنه إذا لم تَحْصُل الفرقة، لا يلزم هذا ولا ذاك وأيْضاً فللوجه المذكور عن

(١) محله في الخمر في خلع غير أهل الكتاب. أما خلعهم به فصحيح كما في أنكحتهم حتى لو حصل إسلام بعد قبض الخمر كله فإنه لا شيء عليها، وإن كان الإسلام قبل قبضه وجب مهر المثل للتعذر وفي قبض بعضه قسط مهر المثل. قال الشيخ البلقيني: ويستثنى من إطلاقه خلع الأب أو الأجنبي على هذا الخمر أو على المغصوب أو على عبدها هذا أو على صداقها، ولم يصرح بنيابة ولا استقلال فيقع رجعياً ولا مهر، وليس لنا خلع بمغصوب أو خمر ونحوه يكون الحكم فيه كذلك غير هذه الصورة.

القاضي الحُسَيْن فيما إذا خَالَع على خمر أو خنزيرٍ أو مغصوب؛ أنَّه يقع الطلاقُ رجْعيّاً؛ لأن المذكور ليس بمال، فلا يظهر طمعه في شيء.

الثالثة: الخُلْعُ على ما لا يقدر المختلع على تسليمه، وما لم يتمّ ملكه عليه، كالخلع على الخَمْر والخنزير في جريان القَوْلَيْن، ولو خالعها على عَيْن، فتلفت قبل القَبْض، أو خرجَتْ مستحقة، أو خرجت مَعِيبةً، فردَّها أو وَجَد فيها صفةً تخالف الصفة المشروطَة اطَّرَد القولان في أن الرجوع إلى مَهْر المثل، أو بدل المذكور، ولو خالع على ثَوْب في الذِّمَّة، ووصَفَه كما ينبغي، فأعطته ثوباً بتلْك الصفة، فَبَانَ معيباً فَلَهُ رده، ويطالب بمثله سليماً، كما في السلم، وإن قال: إن أَعْطَيْتِنِي ثوْباً صفَتُه كذا وكذا، فأنْتِ طالقٌ، فأعْطَتْه ثوباً بتلك الصفات، طُلِّقَتْ، فإنْ خرج مَعِيباً، فرَدَّه عاد القولان في أن الرجوع إلى مهر المثْل، أو بدل ذلك الثَّوْب؛ سليماً لأن بالتسليم تَعَيَّن وتعلَّق بعينه الطلاقُ؛ فأشبه ما إذا طلَّقَها أو خَالَعها عليه، بخلاف الصورة السابقة، فإن الطلاق هناك تعلق بعوض في الذمّة.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَلَوْ قَالَ: خَالِعْهَا بِمِائَةٍ فَخَالَفَ الوَكِيلَ وَنَقَصَ بَطُلَ الخُلْعُ وَلَمْ يَقَعِ الطَّلاَقُ، وَلَوْ قَالَ: خَالِعْهَا مُطْلَقاً فَنَقَصَ عَنْ مَهرِ المِثْلِ فَفِيهِ خَمْسَةُ أَقْوَالٍ: (أَحَدُهَا): يَبْطُلُ كَمَا لَوْ قُدِّرَ بِالمِائَةِ (وَالثَّانِي): أَنَّهُ يَنْفُذُ وَيَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ (وَالثَّالِثُ): أَنَّهُ يُخَيَّرُ الزَّوْجُ بَيْنَ المُسَمَّى وَمَهْرِ الْمِثْلِ (وَالرَّابعُ): يُخَيَّرُ بَيْنَ أَنْ يَرْضَىٰ بِالْمُسَمَّىٰ وَبَيْنَ أَنْ يَجْعَلَ الطَّلاَقَ رَجْعِيّاً (وَالخَامِسُ): أَنَّهُ إِنْ رَضِيَ بِالمُسَمَّى فَذَاكَ وَإِلاَّ امْتَنَعَ الطَّلاَقُ.

قال الرَّافِعِيُّ: يجوز التوكيلُ بالخُلْع، من جانب الزوجة والزوج جميعاً، كما يجوز التوكيل بالبيع والنكاح وغيرهما، وستتكلم فيمن يجُوز أن يكونَ وكيلاً في الخُلْع ومن لا يجوز في الركن الخامس من الباب؛ لأن طَرَفاً منه مذكورٌ هناك، والمقصود ها هنا ذكْرُ ما يتعلق بالعوض في مخالعة الوكيل والموكل، أما وكيل الزوج، فإن قَدَّرَ له [الزوجُ] مالاً، بأن قال: خالِعْها بمائة، فينبغي أن يخالعها بالمائة، أو أكثر ولا ينقص، وإن خلع بمائة التوكيل بالخلع وثوب، فهُو كما لو قال: بِعْ عَبْدِي بعشرة، فباع بعَشَرة وثوْب وقدْ مَرَّ، وإن أطلق التوكيل بالخُلْع، فينبغي أن يُخَالع بمَهْر المِثْلِ أو أكثر، ولا ينقص، وصورة إطلاق التوكيل أن يقول: وَكَّلْتُكَ بخلع زوجتي، أو خالعْهَا ولا يُقَدِّر مالاً، ويكفي هذا في التصوير إن قلنا: إنَّ مُطْلَقَ الخلع يقتضي المال، وإن قلنا: لا يقتضيه، فيشترط أن يقول: خالعها[1] بمال، أو بالمال، فإن نقص الوكيل عن المائة في صورة

(١) في ز: خالعتها.

التقدير، فالنص أنه لا يقع الطلاقُ، وإن نقص عن مهر المثل في صورة الإِطلاق، فالنَّصُّ وقوعُ الطَّلَاق وفيها طريقان للأصحاب:

أحدهما: الأخْذ بظاهر النَّصيْن وهُو الَّذي أورده الشيخ أبو حامد، والفَرْق أنَّ النقصان عن القَدْر مخالفةٌ لصريح قوْله، فلا يكون المأتيُّ به مأذوناً فيه، والنقصان عن مَهْر المثل لا يخالف صريح قوله، بل اللفظ مُطْلَقٌ يشمل مهر المثل وغيره، وللطلاق قوةٌ وغلبةٌ، فعموم اللفظ يقتضي وقُوعَه، وأثر المخالفة يظهر في العِوَض على ما سيأتي وأصَحُّهما التَّسْوية بين الصورتين، وجعلهما على قولين:

أحدهما: وهو اختيار المُزَنِيِّ أنّه لا يقع الطلاقُ، كما لو وكَّله بالبيع [بمائة][1]، فنقص أو بالبيع مطلقاً، فينقص عن ثمن المثل.

والثاني: يقع؛ لأن أصل الطلاق مأذونٌ فيه والمخالفةُ في العِوَض، كفَسَاد يتطرق إلَيْه، وأشبهَ ما إذا خالَعَهَا الزَّوْجُ علَىٰ عِوَض فَاسِدٍ أيْضاً وسنَذْكُر أن وَكِيلَ الزَّوْجَة إذا خالَفَ يقَع الطَّلاق، فكذلك ها هنا، واتفق الناقلون على أن الأصحَّ من القولَيْن فيما إذا نَقَص عن المقدر، عَدَمُ الوُقُوع، وأما إذا نقص عن مهر المثل في صورة الإِطلاق، فكذلك ورَجَّح صاحب «التهذيب» عَدَمَ الوقوع، وكأنَّه أقوى توجُّهاً لكن العراقيون والقاضِي الرُّويَانِيُّ وغيرهم رجَّحوا الوقوع وإذا قلْنا بالوقوع ففي كيفيته قولان:

أصحهما: وهو نصُّه في الإِملاء: أنَّه لا خيار فيه للزَّوْج، بل يقع بائناً، ويجب مهر المثْل، كما لو فَسَد العوض، بأن ذَكَر خَمْراً أو خِنْزيراً.

والثاني: أن للزوج خِيَاراً، وفيما فيه الخيارُ قولان: **أظهرهما**: أن نفس الطَّلاق لا خيار فيه، بل الطلاق واقعٌ، وإنَّما الخيار في المال وفي كيفيته قولان:

أحدهما: أنَّه بالخيار بَيْن أن يرضى بما سَمَّاه الوكيل، وبين أن يطالب بمَهْر المثل؛ لأن لفظه عامٌّ، فله أن يريد به المُسَمَّى، وإن أراد مهْرَ المثل، فهو قضية الإِطلاق، وقد يكون له غرض غير المُسَمَّى، وإن كان دون مهر المثْل وهذا التوجيه يختص بصورة الإِطلاق.

وأصحُّهما: وهو نصُّه في الأم: أنَّه بالخيار بين أن يَرْضَىٰ بالمُسَمَّىٰ، وبين أن لا يَرْضَىٰ فيندفع المَالُ ويكون الطلاق رجْعِيًّا؛ لأنَّه لا يمكن إجْبَاره على المُسَمَّىٰ؛ لأنَّه دون ما يقتضيه الإِذْن، ولا يمكن إجبارها على المُقَدَّر ولا على مهر المثْل عند الإِطلاق؛ لأنَّه فوق ما رضيتْ به فلزم اندفاع المال.

---

(١) سقط في ز.

والثاني: ويحكى عن رواية الشيخ أبي علي في شرح «التَّلْخِيص» أنه يتعلق بالخيار بنفس الطلاق، قال: فإن رضي بالمُسَمَّىٰ، فذاك، وإلاَّ رُدَّ المال والطلاق، قال في «الوسيط»: وهذا يكاد يكُونُ وَقْفاً للطَّلاَق، ويجوز أن يحتمل وقْف الطَّلاَق إن لم يحتمل وقفُ البيع والنكاح؛ لأن الطلاق يقْبَلُ التعليق بالإغراء، لكن قضيته أن يوقف طلاق الفضولي، ويمكن أن يقال: لَيْسَ هذا يوقف الطلاق، لكن الطلاق مَنُوطٌ بِعِوَضٍ قابل للرَّدّ، فإذا رد العوض انعطف الرد على الطلاق، وإذا نزِّلَتِ التنزيل المذكور، حصَلَتْ خمسةُ أقوال، كما في الكتاب إلا أنَّه أوْرَدَهَا في صورة الإطْلاق، وإن لم يورد في صورة التقدير إلاَّ عدم الوقوع، وليعلم قوْلُه، «ولم يقع الطلاق» بالواو للطريقة الثانية، ويجوز أن يعلَّم قولُه: «أقوال» في الصورة الثانية بالواو؛ لأن مساق الطريقتين يقتضي جزم إحْدَى الطريقتين بالوقوع في صورة الإطلاق، وخلع الوكيل بغَيْر نَقْد البَلَد، أو غير جِنْس المسمى، أو بقدر مَهْر المثل مؤجَّلاً، كخُلْعه بما دون المُقَدَّر، أو مَهْر المِثْل، ففيه الخِلاَفُ المذْكُور.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **أَمَّا وَكِيلُهَا بِالاخْتِلاَعِ بِمِائَةٍ إِذَا زَادَ فَالنَّصُّ وُقُوعُ البَيْنُونَةِ، وَفِيمَا يَلْزَمُهَا قَوْلاَنِ: (أَحَدُهُمَا): مَهْرُ المِثْلِ (وَالثَّانِي): يَلْزَمُهَا مَا سَمَّتْ وَزِيَادَةُ الوَكِيلِ أَيْضاً يَلْزَمُهَا إِلاَّ مَا جَاوَزَ مِنْ زِيَادَتِهِ عَلَى مَهْرِ المِثْلِ، وَإِنْ أَضَافَ الوَكِيلُ الاخْتِلاَعَ إِلَى نَفْسِهِ صَحَّ وَلَزِمَهُ المُسَمَّى، وَإِنْ لَمْ يُصَرِّحْ بِالإِضَافَةِ إِلَيْهَا وَلاَ إِلَى نَفْسِهِ حَصَلَتِ البَيْنُونَةُ وَعَلَيْهَا مَا سَمَّتْ، وَالزِّيَادَةُ عَلَى الوَكِيلِ، وَفِي قَوْلٍ آخَرَ الزِّيَادَةُ عَلَيْهَا أَيْضاً مَا لَمْ يُجَاوِزْ مَهْرَ المِثْلِ فَإِنْ جَاوَزَ مَهْرَ المِثْلِ فَهِيَ عَلَى الوَكِيلِ، وَإِنْ أَذِنَتْ مُطْلَقاً فَهُوَ كَالمُقَدَّرِ بِمَهْرِ المِثْلِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: بَانَ الحُكْم فيما إذا خالف وكيل الزوج في عوض الخُلْع، وأمَّا وكيلُها في الاختلاع، فإمَّا أن تقدر له العِوَض أو أطلقت التوكيل.

الحالة الأولى: إذا كانت قَدْ قدرت، فقالت: اخْتَلِعْني بمائة، فإن اختلع بها، أو بما دُونَها بالوكالة عنها، نَفَذ، والقول في أنه هل يطالبه الزَّوْج به وأنَّ له مع الوكالة أن يخلع مستقلاً مذكورٌ في فَصْل خُلْع الأجنبي، وإن اختلع بأكْثَرَ من المائة، وأضاف فقال: اخْتَلَعْتُهَا بكذا من مالها بوكالتها، [فالذي][1] نص عليه الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ أنَّه تحصلُ البينونة.

وقال المُزَنِيُّ: لا تحصل، كما لو خالف الزوجُ فنقص عن المقدَّر، وفَرَّق الأصحاب من وجهين:

---

(١) سقط في ز.

أحدهما: أن مالك الطلاق هو الزوجُ فإذا خالفه نائبه، لم ينْفَذْ [منه]، والمرأة لا تملك الطَّلاق، وإنما إلَيْها قَبُول المال، فمخالفة وكيلها تؤثر في المال، والبينونة لا يندفع بفساد المال المجعول عِوَضاً.

والثَّاني: أن الخُلْع من جانب الزَّوْج نازعٌ إلى التعليق، فكأنَّه علَّق الطلاق بذلك المقدَّر، فإذا نقص الوكيل لم تحصل الصفة، وجانب الزوجة بخلافه، وفيما علّق عن الإمام أن ما ذكره المزنيُّ قولٌ مُخَرَّجٌ عن أصل الشافعي ـ رضي الله عنه ـ، قال: وأرى كل اختيار له تخريجاً، فإنَّه لا يخالف أصول الشافعيّ ـ رضي الله عنه ـ لا كأبي يوسف ومحمد؛ فإنهما يخالفان أصول صاحبهما، ويُشْعر به قولُه في الكتاب «فَالنَّصُّ وُقُوعُ البَيْنُونَةِ»؛ لأن مثل ذلك إنما يطلق حيث يكون ثَمَّ تخريجٌ، الذي ذهب إليه المزنيُّ أنَّه لا يقع الطلاق أصلاً، وفي «المجرد» للحناطي حكايةُ قولٍ آخرَ، أنَّه يقع الطلاق ولا يلزمُها شيْء ولا الوكيل، والظَّاهر من المَذْهب حصول البينونة، وفيما على الزوجة قولان:

أصحُّهما: وهو نصُّه في الإملاء أنَّ الواجب عليها مهْر المثل، زاد على ما قدرته أو نقص؛ لأن عوض الخُلْع إذا فسد كان الرجوع إلى مهر المثل.

والثاني: عن نصِّه في «الأم» أن الواجب أَكْثَرُ الأمرين من مهْر المثل، وما سمته هي؛ فإنْ كان مهر المثل أَكْثَرَ فهُو المرجوع إلَيْه عنْد فساد المسمى وإن كان الذي سمَّتْه أكثر لزمها؛ لأنها قد رضِيتْ به والتزمته، وإذا كان مهْر المثل زائداً على ما سَمَّاه [الوكيل، لم تجب الزيادة على ما سماه][1] على هٰذا القول، وكذا لو كان [ما][2] سمَّاه الوكيلُ أكْثَرَ من مهْر المثْل لا تجب الزيادةُ؛ لأنَّ الزوج رَضِيَ به، وعبر في الكتاب عنْ هذا القَوْل بأنَّه «يلزمها ما سمَّتْ وزيادة الوكيل أيْضاً» يلزمها إلاَّ ما جاوز من زيادته على مَهْر المثل»، فلا تَجبُ تلْك الزيادة، وأهْمل الطَّرَف الآخر، وهو أن يَكُون مَهْر المِثْل أَكْثَرَ، فإذا قُدِّرَتْ مائة، وسَمَّى الوكيل مائتين، ومهر مثلها تسعون، فالواجب تسعون على القول الأول، ومائةٌ على الثاني، ولو كان مهر المثل مائةً وخمسين، فالواجب مائةٌ وخمسون على القولين، ولو كان مهْرُ المثل ثلاثمائة، لم يجبْ على القول الثاني إلاَّ مائتان، والعبارة الوافية بمقصود القول أن يقال؛ يَجِبْ عَلَيْها أَكْثَرُ الأمرين ممَّا سمَّتْه هي ومن أقل الأمرين من مهْر المثل، وما سماه الوكيل وحُكِيَ قول ثالث: أنَّه إذا زاد الوكيل، فالمرأة بالخيار إن شاءت أجازت بما سَمَّى الوكيل، وإن شاءت ردَّتْ، وعليها مهر المثل، وهل يطالَبُ الوكيل بالواجب عليها؟ قال الأئمة ـ رحمهم الله ـ: لا يطالَبُ إلا أن يقول على أني ضامن، فيطالَبُ بما سمى، وإذا أخذه الزَّوْج منه، ففي «التهذيب»

---

(١) سقط في ز.
(٢) سقط في ز.

أنَّه لا يرجع عليها إلاَّ بمَا سَمَّت ويجيء فيه قَوْل آخر أنَّه يرجع بالواجب عليها، وهو مَهْر المثل، أو أكثر الأمرين منه ومما سمته على اختلاف القَوْلَيْن السابقين [كما] سنذكره فيما إذا أطْلق الاختلاع، ولم يضف إليها وها هنا كلامان:

أحدهما: نقل الإمام عن الصَّيْدلاني تأثيرَ الضَّمَان في مطالبته بما سمى، واستبعده واعترض عليه؛ بأن اختلاعه بالزِّيَادة مخالفةٌ، فإضافته إليها فاسدةٌ، فيلغو الضمان المرتَّب عليها، نَعَمْ أثر الضمان مطالبته بما تطالب به المرأة، ولك أن تقول: تأثير الضمان في المطالبة بالمُسَمَّى لم ينفردْ بذكره الصيدلاني حتَّى ينسب إليه، أو إلى روايته كما تُنْسَب الرواياتُ الشاذَّة إلى أربَابِها، بل أوْرَدَه الأصْحَاب على طبقاتهم، وفي «المُخْتَصَر» تعرض لمثله، وأمَّا الإشكال، فيجوز أن يقال الخُلْع عقد يستقل فيه الأجنبي بالتزام المال، فيجوز أن يُؤَثِّر فيه الضَّمَان المشتمل على التزام المال، وإن لم يترتَّبْ على إضافةٍ صحيحةٍ بخلاف ضمان الثَّمَن في البيع الفاسد ونظائره، وفي «المجرد» للحناطي: قولٌ وراء المشهور أنَّه لا أثر لهذا الضمان، وهو يوافق ما قرَّرَه الإمَام مَذْهباً.

والثاني: إذا قُلْنَا: لا يرجع عليها إلاَّ بما سَمَّت، فقد توجه بأنا إن أوجبنا زيادةً عليه؛ بأن كان مهر المثل أكثَرَ، وأوجبنا مهر المثل، أو أكثر الأمرين، فَسَبَبُه مخالفة الوكيل؛ فلا يرجع عليها بما تولَّد من فعله، إنما يرجع بما التزمته وَرَضِيَتْ به، وقضية هذا أن يقال: إذا [عرفت] زيادة على ما سمته، يرجع على الوكيل، ويكون استقرار تلك الزيادة عليه، هذا كلُّه فيما إذا أضاف الوكيلُ الاختلاع[1] إليها، ولو أنَّه أضاف إلى نَفْسِه، فهو خُلْع الأجنبي، والمالُ عليه، وإن أطلق، ولم يضف إليها ولا إلى نفسه، فإن فَرَّعْنا على النَّص، فيثبت على الوكيل ما سَمَّاه، وفيما عليها منه قولان:

أصحُّهما: أن عليها ما سمت؛ لأنها لم ترض بأكثر منه، والزيادة على مَا سمَّى على الوكيل؛ لأن اللفظ مطلقٌ، والصَّرف إليه ممكنٌ، وكأنه افتداها بما سمت، وبزيادة من عند نفسه، وعلى هذا، فلو طالب الزوج الوكيلَ به رجَع على الزوجة بما سمَّت.

والثاني: أن عليها أكثَرَ الأمرين، من مهر المثل، وما سمت؛ لأنَّه عقَد لها، فأشبه ما إذا أضاف إليها، فإن بقي من أكثرها شيء إلى ما سمَّى الوكيل، فهو عليه، وإن زاد مهر المثل على ما سمى الوَكِيل، لم تَجِبْ تلك الزيادة؛ لأن الزوج رَضِيَ بما سمى الوكيل، وذكر الإمام وغيره أن القياسَ على مَذْهب المُزَنِيِّ في صورة الإطلاق انصرافُ الخُلْع إليه؛ كالوكيل بالشراء إذا زاد ولم يضف الشراء إلى الموكّل، ولو أضاف ما سمته إليها، والزيادةَ إلى نفسه، ثَبَت المال كذلك، ولو خالف الوكيل في جنس العوض؛ مثْلَ

---

(١) في ز: الإخلاع.

أن تقول: اخْلَعْنِي بالدَّرَاهم، فيخلعها بالدنانير، أو توكله بالاختلاع على ثوب دفعته إليه، فيختلع على دراهم، فعن القاضي الحسين: أنَّه ينصرف الاختلاع عنها حتى يلغو إن أضاف إليها، ويقع عن الوَكِيل إن أطلق بخلاف ما إذا خالف في القَدر؛ فإنه إذا زاد على ما قَدَّرَتْه، فقد أتى بما أقرت به وزيادة.

والأَظْهَرُ: وهو المذكور في «التهذيب»: أنَّه تحصل البينونة؛ لما مر في مخالفة القَدْر، ثُم يُنْظَرُ إن أضاف الخُلْع إلى مالها، ولم يقل: وأنا ضامن، فالرجوعُ عليها بمَهْر المثل في أصح القولين، وبالأكثر من مهر المثل، ويدل ما سمت في القول الثاني، وإن قال: وأنا ضامنٌ [أو] لم يضف الَعقْدَ إليها، فلا يَرْجح إلاَّ ببدل ما سمَّت.

الحالة الثانية: إذا أطلَقَتِ التوكيل فقضيته الاختلاع بمهر المثل، فإن نَقَص عنه أو ذَكَر فيه أجلاً، فقد زادها خيراً، وإن زاد على مَهْر المثل، فكما لو قَدَّرَتْ وزاد على المُقَدَّر، والحُكم على ما ذكرنا هناك، لكن لا يجيء ها هنا قول وجوب أكثر الأمْرَيْنِ.

فَرْعٌ: لو اخْتَلَعَ وكيلُ المرأة بخَمْر أو خنزيرٍ حَصَلَتِ البينونة، ولزمها مهر المثل، سواءٌ أطلقت التوكيل أو سمَّت الخمر والخنزير، وقال المزني: لا يصح التوكيل إذا سمَّت الخمر، ولا ينفَذُ الخُلْع من الوكيل، كما لو وكَّل وكيلاً، بأن يبيع أو يشتري بالخمر، وأجاب الأصْحَاب بأن في الخلع معنى التعليق، ومالك الطلاق هو الزوج، فكأنه علَّق الطلاق بقَبُول الخمر؛ فأشْبَه ما إذا خاطبها، فقبِلَتْ، ولو خالع وكيل الزوج على خمر أو خنزير، وكان قَدْ وكَّله بذلك، فقد طرد أبو الفرج الزاز ـ [رحمه الله] ـ فيه حكايةَ مَذْهب المزنِّي، وظاهر المَذْهَب فيه كما في الصُّورة السابقة فروع في فتاوى الشيخ الفَرَّاء [منها][1] أنَّه لمَّا قالت المرأة لوكيلها: اخْتَلِعْنِي من زوجي بطلقة واحدة على ألف، فاختلعها بثلاث بألْف تحصل البينونة، ويُنْظَر إن أضاف إليها، لا تقع إلاَّ واحدة، وإن لم يُضِفْ لم يقع إلاَّ الثلاث، ولا يجب على المرأة إلاَّ ثلث الألف؛ لأنه لم تحصل مسألتها إلا بثُلُث الألف، وعلى الوكيل بقيَّة الألف، وهذا ليس بواضح، وسيأتي أنَّها لو قالت: طَلِّقْني واحدة بألف، فقال: طلقتُكِ ثلاثاً، تقع الثلاث واحدةً منها بالألف، وفيها أنَّها لو قالت: اختَلِعْني من زوجي بثلاث تطليقات، على ألف فاختلعَها واحدةً على ألف، فإن أضاف إليها لم يقع، وإن لم يضف يقع، وعلى الوكيل ما سمَّاه، وأن الرَّجُل لو قال لوكيله خَالِعْها على ألْف بثلاث تطليقات، فخَالَع بواحدةٍ على ألْف يقع؛ لأنَّه زاد خيْراً، وأنَّه لو وكَّل وكيلاً تطليقَ امرأته بألْف وآخر بتطليقها بألفين فأيهما سَبَق، وقع الطلاقُ بما سَمَّىٰ، وإن أوجبا معاً، فقالت: قبِلْتُ منكما، أو

(١) سقط في ز.

كانَتْ قد وكَّلَت وكيلين أيضاً، فقبِلَ وكيلاها من وكيليه معاً، لم يقَعْ شَيْءٌ، كما لو وَكَّل وكيلاً ببيع عبْده بألف، وآخَر ببَيْعه بألفين، فعَقَدا معاً لا يصحّ البيع وفي «فتاوى القَفَّال»؛ أنَّه لو وكَّل رجلاً بأن يطلق زوجته ثلاثاً، فطلَّقها واحدةً بألف، تقع رجيعةً، ولا يثبت المال، وقضيته هنا أن يقال: لو طلَّقها ثلاثاً بألف، لا يثبت المال أيضاً، ولا يبعد أن يصار إلى ثُبُوت المال، وإن لم يتعرض الزوج له، كما لو قال: خالِعْها بمائةٍ، فخالع فأكثر، يجوز، وإن لم يتعرضِ المُوَكِّل للزيادة؛ وهذا لأن الموكَّل به الطَّلاقُ، والطلاقُ قد يكون بمال، وقد يكون بغَيْر مال، فإذا أتى بما وكَّله به على الوَجْه الَّذي هو خَيْر، وَجَبَ أن يَجُوز.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الرُّكْنُ الخَامِسُ الصِّيغَةُ): وَلَوْ قَالَ: طَلَّقْتُكِ بِدِينَارٍ عَلَى أَنَّ لِي الرَّجْعَةَ فَهُوَ طَلاَقٌ رَجْعِيٌّ وَسَقَطَ الدِّينَارُ عَلَى قَوْلٍ، وَفِي القَوْلِ الثَّانِي فَسَدَ شَرْطُ الرَّجْعَةِ وَوَقَعَتِ البَيْنُونَةُ عَلَى مَهْرِ المِثْلِ.

قال الرَّافِعِيُّ: قد مرَّ مما يتعلق بالصِّيغة [مسائلُ] في التفريع، على أن الخُلْع فَسْخ أو طلاقٌ وإذا قال الزوج: خالَعْتُكِ بألف درهم، فقالت: قبِلْتُ الألف، ففي «فتاوى القَفَّال»؛ أنَّه يصح ويلزم المال، وإن لم يقُلِ اختلعتِ، وكذا لو قال الأجنبي، خالعت زوجتي على كذا، فقال؛ قبلته، وأن أبا يعقوب غَلطَ، فقال في حق المرأة: لاَ بُدَّ، وأن تَقُولَ: اختلَعْتُ، والأجنبي لا يحتاج إلَيْه، [ولو قال لامرأته بل طلاق أزمن مخريدي فحدس فقالت خريدم لم يَكْفِ إلا أن يقُولَ الزوج بعده: فروختم، ولو قال لحر فقال: نديدم أو قالت: بل طلاق نيوفروختم فحدس خريدي، فقالت: خريدم، صَحَّ][(1)] وقول قال المتوسط للزوجة: اختلعْت نَفْسَكِ من زوجك بكذا، فقالت: اختلعت، ثم قال للزوج وهو في المجلس خالَعْتَها، فقد خالعت، فجواب الشيخ الفرّاء صحَّةُ الخُلْع، وقد ذَكَرنا في نظيره في البيع خلافاً، وذلك الخِلاَف جاء في الخُلْع، والنكاح والأظْهَرُ ما أجاب به، قال: ولو لم تسمَع المرأة قول الزوج، وكان السَّفِير يسْمَع كلامهما، كفى، الإسماع ليس بشرط؛ ألا ترىَ أنَّه إذا خاطب أصَمَّ، فأسمعه غير المخاطب، فقبل صحَّ العقد، وضمَّن صاحب الكتاب رحمه الله الركنَ صُوَراً:

إحداها: إذا طلَّق امرأته على عِوَضٍ أو خالَعَها، لم يكنْ له الرجْعَة، سواءٌ كان العوض صحيحاً أو فاسداً وسواء جعلنا الخُلْع فسخاً أو طلاقاً؛ لأنها بذلت المال؛

(١) يعني: ولو قال لامرأته: ألم تتخلي عنا بطلقة واحدة؟ فقالت: تخليت فإن هذا لا يكفي، إلا أن يقول الزوج بعد ذلك: تخليت.
ولو قال لحُر، فقال: ألم أرَ، أو قال: بل إنني لم أطلق [؟] تخليت، فقالت: تخليت، صح.

لتملك البُضْع فلا يملك الزوج ولايةَ الرجوع إلَيْه، كما أن الزوج إذا بذل المال صداقاً؛ لِتمْلِكَ البُضع، لا يكون للمرأة ولايةُ الرجوع إلى البُضع، ولو قال لامرأته، خالعتك، أو طلقتك بدينار، على أن لي عليك الرَّجْعَةَ، فقد نقل المزني والرَّبِيعُ أنَّه يقع الطلاق رجعيًّا، ويسقط المال، وخرَّج المزني، ونقل الربيع قولاً؛ أنَّه يلغو شرط الرجعة، وتحصل البينونة بمهر المثل، وللأصْحَاب في المسألة طريقان:

أحدهما: ـ وبه قال ابن سلمة وابن الوكيل ـ: تسليمُ القولين، ووجْه الأول: أن شرط المال، وشرط الرجعة متنافيان، فيتساقطان، ويبقى مجرَّد الطلاق، وقضية ثبوت الرجعة أيضاً، والطلاق واقع لا محالَةَ، وإثبات أحد المشروطين لا بُدَّ منه، والرجعة أَوْلَىٰ بالثبوت؛ فإنها أقوى من حيث إنَّهَا تَثْبُتُ بالشرع، والمال إنما يثبت بالشرط والإلزام.

ووجه الثاني: القياس على ما إذا خالَعَها بشرط أن لا عدَّة عليها، ولا نفقة لها، وهي حامل؛ فإنه يفسد الشرط، وتحصل البينونةُ بمهر المثل.

والطريق الثاني: ـ ويحكى عن ابن سريج وأبي إسحاق ـ رحمهما الله ـ القطْعُ بما اتفق عليه روايتا المذهب، والامتناع[1] من إثبات الثاني قوْلاً، وطريقة القولين هي التي أوردها الإمام وصاحب «التهذيب» ـ رحمهما الله ـ، ورجَّحا حصول البينونة بمهر المثل، وهو اختيار المُزَنِيِّ، ومعظم النَّقَلة ـ رحمهم الله ـ يشيرون[2] إلى ترجيح الطريقة الثانية، وتابعهم القاضي الرُّوياني، عنْد أبي حنيفة وأحمد ـ رحمهم الله ـ يصحُّ الخُلع، ويثبت المسمى، وهذا خلاف القولين جميعاً ويروى عن مالك مثْلُ ذلك وعنه رواية أخرى، أنَّه: تثبت الرجعة والمال معاً، فيكون المال عِوَضاً عمَّا نقص من عدد الطلاق، فاحتج المزنيُّ للقول الذي اختاره بأن الشافعي ـ رضي الله عنه ـ نصَّ فيما إذا خالعها بمائة دينارٍ على أنَّه متى شاء ردَّ المائة، وكان له الرجعةُ أنَّه يفْسُدُ الشرط، وتحصل البينونة بمهر المثل، وذكر الأصحاب في هذه الصورة طريقين:

أحدهما: أن القولين في الصورة السابقة يجريان فيها، وهذا كلام من أثْبَت قولين هناك، ومن مثبتي القولين هناك من وَلَّدهما من نَصِّه ها هنا، ونصّه المتفقَ عليه هناك، بالنقل والتخريج، ومنهم من جَزَم بالمنصوص، وفرق بأنه رَضِيَ بسقوط الرجعة في هذه الصورة، والرجعةُ إذا سقَطَتْ لا تعُود، وهناك لم يرض بالسقوط، وليعلَم لما ذكرناه قوله في الكتاب «فهو طَلاَقٌ رجعيٌّ» بالحاء والألف وقوْلَه: «وَسَقَطَ الدِّينَارُ بِهِمَا» وبالميم.

وقولَهُ: «على قول وفي القول الثاني»، بالواو؛ ولطريقة القطع، وقولَهُ «فسد شرط الرجعة»، بالميم، وقوله: «عَلَىٰ مَهْرِ المِثْلِ» بالحاء والألف، والله أعلم.

---

(١) في ز: الانتفاع.
(٢) في ز: مشيرون.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَيَصِحُّ تَوْكِيلُ المَرْأَةِ فِي الخُلْعِ وَالتَّطْلِيقِ عَلَى أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ وَإِنْ كَانَتْ لاَ تَسْتَقِلُّ بِهِمَا، وَلاَ يَتَوَلَّى وَكِيلُ الخُلْعِ الطَّرَفَيْنِ عَلَى أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ.

قال الرَّافِعِيُّ: فيه مسألتان:

إحداهما[1]: لو وَكَّل الرجل امرأة بخلع زوجته، أو بطلاقها، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز لأنَّها لا تستقل بالطلاق.

وأصحهما: الجواز؛ لأنه لو قال لها: طلِّقي نَفْسَك، فقالت: طلقْتُ، يجوز ويقع الطلاق، وذلك على ما سيأتي إما تَمْليكٌ أو توكيلٌ، إن كان توكيلاً، فذاك، وإن كان تمليكاً فمن جاز تمليكُهُ الشَّيْء جازَ تَوْكيله به، وفي «التَّتِمَّة» أن توكيل المرأة بالخُلْع مبني على أن قَوْل الرجل لامرأته: طلِّقي نَفْسَكِ تفويضٌ، أو تمليكٌ إن قلْنا: تفويض، فيجوز، وإلاَّ فلا، والأول أصح، ولا خلاف أن الزَّوْجَة لو وكَّلت امرأة بالاختلاع يجوز، ويجوز أن يكون وكيلُ الزوجة والزوج ذِمِّيّاً لأن الذميَّ قد يخالع المسلمة ويطلقها، ألا تَرَى أنَّه لو أسلمت المرأة، وتخلَّف الزوج فخالعها في العدَّة، ثم أَسْلَم يحكم بصحة الخلع، ويجوز أن يوكِّل الزوج في الخلع العبد، والمكاتَب، والسفيه المحجور عليه، ولا يشترط إذْنُ السيد والوليّ؛ لأنه لا يتعلق في الخُلْع عُهْدة توكيل الزوج، ولا يجوز أن يوكِّل المحجور عليه بالقَبْض، فإن فعل، وقبض ففي «التَّتِمَّة»: أن المختلع يبرأ ويكون الموكِّل مُضَيِّعاً لماله، ولو وكَّلت الزوجة بالاختلاع عبْداً، فيجوز، أذنَ السَّيِّدُ أو لم يأْذَنْ فإن كان الاختلاع على عين مال لها فذاك وإن كان على مال في الذِّمَّة، نُظِرَ إن أضافه إليها، فهي المطالبة، وإن لم يضف بل أطلق فإن لم يأْذَن السيد في الوكالة فيجوز للزوج مطالبته بالمال بعد العتق، وإذا غرم، رجع على الزوجة إذا قصد الرجوع وإن أذن في الوكالة تعلق المال بكسبه كما هو اختلعت [الأمة] بإذن السيد، وإذا أدَّى من كَسْبِه ثَبَت الرُّجوع على المُوَكِّلة، ولو وكَّلت بالخُلْع سفيهاً محجوراً عليه، قال في «التَّهذيب»: لا يجوزُ، وإن أذن الوليُّ، ولو فعل وقَع الطلاق رجعيًا، كما لو اختلعت المرأة المحجورةُ لنَفْسها، وهذا على ما ذكر صاحب «التتمة» فيما إذا أطلق، أمَّا إذا أضاف المال إلَيْها، فتحصل البينونة، ويلزمها المال؛ لأَنَّ الحَجْر على السفيه لدفع الضَّرَر عنه، وليس في قَبُول الخُلْع عليها إضْرار بالسفيه.

الثانية: الوَاحِدُ لا يتولَّىٰ طرفَي الخُلْع بالوكالة، كما في البَيْع وسائر العقود، وإذا وكل الزوجان واحداً، تولَّى ما شاء من الطرفين مع الآخر أو وكيله وهذا أظهر الوجهين.

---

(١) في ز: الزوج.

والثّاني: أنّه يجوز أن يوكّل الواحدُ طرفَي الخُلع، لأنَّ الخُلع يكْفي فِيهِ اللّفظ من أحد الجانبين والإعطاء من الآخر؛ ألا ترى أنّه لَوْ قال: إن أعْطَيْتِنِي ألفاً فأنْتِ طالق، فأعطتْه، وقع الطلاق، وثبت الخُلع ومقصوده؛ وعلى هذا ففي الاكتفاء بأحد شِقّي العقد خلافٌ، كما في بيع الأب مالَ نَفْسه من ولده، والوجهان في تولّي طرفَي الخلع مبنيان على منعه في طرفي البَيْع، والنكاح، وسائر العقود، وقد ذكرنا فيها وجْهاً آخر في «الوكالة»؛ أنّه يجوز تولي الطرفين، فعلى ذلك الوجه الخُلْعُ أوْلَىٰ بالجواز.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَلَوْ خَالَعَهَا عَلَى أَنْ تُرْضِعَ وَلَدَهُ حَوْلَيْنِ وَتَحْضنَهُ صَحَّ، فَإِنْ أَضَافَ إِلَيْهِ نَفَقَةَ عَشْرِ سِنِينَ وَكَانَ مِمَّا يَجُوزُ السَّلَمُ فِيهِ وَوَصَفَهُ خُرِّجَ عَلَى الجَمْعِ بَيْنَ صَفْقَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ، فَإِنْ أَفْسَدْنَا وَقَعَتِ البَيْنُونَةُ بِمَهْرِ المِثْلِ عَلَى قَوْلٍ، وَبِقِيَمِ المَوْصُوفَاتِ عَلَى قَوْلٍ، فَإِنْ صَحَّحْنَا فَعَاشَ الوَلَدُ ٱسْتَوْفَاهُ، فَإِنْ كَانَ زَهِيداً فَالزِّيَادَةُ لِلزَّوْجِ، وَإِنْ كَانَ رَغِيباً فَالزِّيَادَةُ عَلَيْهِ، فَلَوْ مَاتَ ٱنْفَسَخَ فِي الْمُسْتَقْبَلِ وَخُرِّجَ فِي المَاضِي عَلَى تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ.**

قال الرَّافِعِيُّ: عوَض الخُلع، كما يجوز أن يكُونَ عَيناً، يجوز أن يكون مَنْفَعَة، ويشترط في المنفعة أن تكُونَ معلومةً مستجمِعةً للشرائط المذكورة في الإجارة، فإذا خالع زوجَتَه، على حَضانَة ولده مدَّةً معلومةً، جاز، ولو خالَعَها على إرضاعه، فكذلك، سواءٌ كان الولدُ منها، أو من غيرها، ويشبه أن يكون الكَلاَمُ في الجمع بينهما، واستتباع أحدهما للآخر إذا أُفْرِد، كالكلام في الإجارة، وفي جواز إبْدَال الصبيِّ المعين بمثْلِه، وانفساخ العَقْد بموته اختلاف مذْكور «في الإجارة»، وأكثرهم يميل إيراده إلى ترجيح الانفِسَاخ، وهو المنصوص في المختصر وأكْثر الكُتُب، وامتناع الصبيِّ من الارتضاع والْتِقَام الثَّدْي كالموت، وإذا قلْنا بانفساخ العَقْد عند موْته فذلك فيما بَقِيَ من مدة الإرضاع، وهل ينفسخ فيما مَضَى؟ فيه قولان من جِهَة تفريق الصفقة، كما لو انهدمت الدَّارُ في المدة المستأجرة، الأصَحُّ المنع، ومنهم من يقْطَع به، فإنِ انفسخ فيما مضى أيْضاً، فيرجع عليها بمهر المثل في أصح القولين، وبأجرة مثْل الإرضاع في تلْك المدَّة في الثاني، كما لو خالَعَها على مال، فخرج مستحقاً، وعلى الزوج أجْرة الإرضاع للمدة الماضية، وإن لم تنفسِخْ فيما مضى فعلى أصحُ القولين يرجع بقسط المدة الباقية من مهر المثل، إذا وزِّع مهر المثل على المدتين، وعلى الثاني يرجع بأجْرة مثْل ما بقي من المدَّة، وإن قلْنا: لا ينْفَسِخ العقد؛ فإن أتى بصَبِيٍّ مثله لترضعه فذاك، وإن لم يأتِ به مع الإمْكان حتى مضَتِ المدة فوجهان:

أحدهما: يبطل حقُّه، ولا شيء عليها، كما لو لم ينتفع بالمستأجر بعد قبْضه تستقر عليه الأُجْرة.

والثاني: يلزمها قِسْطُ المُدَّة الباقية من مهر المثل، إذا وزع على المُدَّتَيْن كما إذا تلف المبيع في يد البائع، يكون من ضمانه، وإن تمكن[1] المشتري من القَبْض، وهذا أرجح عند الشيخ أبي حامد، وإيرادُ صاحب «التهذيب» يقتضي ترجيح الأول، وهما كوجهين ذكرناهما فيما إذا تلف الثوب المعين للخياطة، وقلنا: إنَّه لا تنفسخ الإجارة، ولم[2] يأتِ المستأجر بثوب مثله حتى مضَتْ مدة الإجارَةَ هَلْ تستقر الأجرة؟ لكنْ سَوَّينا هناك بين ألاَّ يأتي بالبَدَل لعَجْزه وبين أن يمتنع مع القدرة، وها هنا خصص صاحب «التهذيب» وغيره الوجهين بما إذا امتنع الإبْدَال مع الإمكان، وقطَعُوا فيما إذا عَجَز عن الإبدال، أن الحُكْم كالحُكْم فيما إذا مَنَعنا الإبْدال، وحَكَمْنا بالانفساخ، والوجْهُ التَّسْويةُ بين البابين.

ولو أضاف إلى الإرْضَاع والحَضَانة نفقته مدة، بأن خالَعَها على كفالة الولد عَشْرَ سنين، [ترضعه سنتين][3] وتنفق عليه إلى تمام العَشْر، وتحْضُنه فيُنْظَر إنْ بَيَّن مقدار ما يُنْفِق عليه كل يوم من الطعام والإدام، كالزيت واللحم، وما يكسوه كلَّ فَصْلٍ أو سنة، وكان ذلك ممَّا يجوز السلم فيه، ووصفه بالأوصاف المشروطة في السلم، ففي صحَّة الخُلْع بما سمّى طريقان: **أحدهما**: وهو المذكور في الكتاب: أنَّ المسألَةَ على قولَيْن؛ من حيث إنَّه جمع بين عقدين مختلفين، فإن السبيل في الإرضاع والحضَانَة سبيلُ الإجارة، وفي الطعام والإدام سبيل السلم، وأيضاً فإنَّه يتضمن السلم في أجناس مختلفة إلى أَجَل، والسلم في جنْس واحدٍ إلى آجال متعاقبةٍ وفي كل ذلك قوْلان مذكوران في موضعهما؛ والأصح الصِّحَّة.

والثاني: وهو الأصحّ عند الشيخ أبي حامد وكثيرٍ من الأصحاب: القَطْع بالصِّحَّة، لأن المقصود كفالة الطِّفْل، والكفالة تفتقر إلى هذه الأمور فهي تابعةٌ للمقصود، وفي الأصولِ المذكورةِ، كلّ عقد مقصود في نفسه وللبعض غنية عن البعض.

التفريع: إذا قلنا بالفساد فالرُّجُوع إلى مَهْر المِثْل، وبدل الأشياء المختلفة فيه؟ قولان:

أصحُّهما: أوَّلُهما، ومنهم من قَطَع به، فقال: لو كنَّا نرجع إلى أبدال مختلفة، لأثبتنا في الأصْل أبدالاً مختلفة، وقلنا بالصِّحَّة، وإن صحَّحْنا فهو في الطعام والشراب مخيَّر بين أنْ يستوفي بنفسه، ويصرفَه إلى الولد وبَيْن أن يأمُرَها بالصَّرْف إليه، وفي «الشامل» أنَّه ينبغي أن يَجِيءَ فيه الخلاَف المذكور، فيما إذا أَذِنَ الحاكم للملتقط أن ينفق

---

(١) في ز: لم يكن.
(٢) في ز: فلم.
(٣) سقط في ز.

على اللقيط من ماله بشرط الرُّجُوع، ثم الولَدُ إن عاش إلى استيفاء العين والمنفعة، فذاك فإن خرج زهيداً، أو فضل من المُقَدَّر شَيْء فهو للزَّوْج وإن كان رغيباً، واحتاج إلى زيادة؛ فهي على الزَّوْج، وإن مات فلَه حالَتَان:

إحداهما: إذا مَاتَ قَبْل تمام مدة الإِرْضاع، فعلى الخلاف الَّذي سبق في انفساخ العَقْد، وجواز الإبدال، فإن حكَمْنا بالانفساخ، ومنَعْنا الإبدال أثر الموت فيما بَقِيَ من المدة بالانفساخ، وفي تأثيره فيما مضى، وفي الطعام، والكسوة خِلاَفُ تفريق الصفقة، والأصحُ أنه لا يؤثر فيها، وإذا لم يؤثرْ فيستوفي الزوج الطعام، والكسوة، ويرجع لما انفسخ العقْدُ فيه من المدة إلى أجرة المثل في أحد القولين وإلى حصته من مهر المثل في أصحهما، بيان الحصة بأن يقوَّم الطعامُ والإدام والكسوة، وما مضى من المدة، وما بقي، ويعرف نسبة قيمة الباقي من المدة من الجميع فَيَجب من مَهْر المثل بِتِلك النسبة، وإن قلنا يتعدى الانفساخ إلى المُدَّة الماضية وإلى النفقة، فالرجوع إلى مهْر المثل في أصحِّ القولين، وإلى بدل الكلِّ في الثاني، وترجع المرأة بأُجْرة ما مضى من مدة الإرضاع، وقد يقع في التقاصِّ، هذا هو القياس الظاهر، وعن «تعليقة» القاضي أبي الطيِّب أنَّ الواجِبَ قسط ما سِوَى المدة الماضية من مَهْر المِثْل وتسقط حصتها، وتجعل منفعتها مستوفاةً.

والثانية: إذا مات بعد تمام مدة الإِرْضَاع وصيرورة المنفعة مستوفاةً، فيبقى استحقاق النفقة والكسْوةَ ويتعجل الاستحقاق أو يكون منجماً كما كان فيه وجهان:

أصحهما: الثاني، ووجه الأول؛ بأن التدرج كان بِحَسْب حاجة الصبيِّ، وقد زالت، ولو أن بعض الأشياء المذكورة انقطع جنْسه، فقد مَرَّ في انقطاع المسلم فيه قولان:

أحدهما: أنه ينفسخ العَقْد فَعَلَى هذا ينفسخ العَقْد فيما انقطع، وفي تعديته إلى ما قبض من الأعيان قولان، كما لو اشترى عَبْدَيْن، وقبض أحدهما، وتلف الآخَرُ قبل القبض، والأصحُّ المنع، والتعدِّي إلى الحضانة والإِرضاعِ أبْعَدُ لِبُعْد ما بينهما، وفيه وجه أيضاً؛ فإن حكم بالانفساخ في الكل غرم لها بدل ما استوفى من العين والمنفعة، وله عليها مهر المثل في أصح القولين، وبدل المسمَّى في الثاني، وإن قلنا لا ينفسخ إلا في المنقطع، فالرجوع إلى حصته من مهر المثل في أصح القولين وإلى بدل المنقطع في الثاني.

والقول الثاني: في الأصل، وهو الأصح: أنَّ انقطاع المسلم فيه لا يقتضي الانفساخَ، ولكن يثبُتُ خيار الفسخ، فلَه حقُّ الفسخ في الجميع وهل له الفسخ في المنقطع وحده دون سائر الأعيان؟ فيه الخلافُ المذْكُور فيما إذا اشْتَرى عبْدَيْن، ووجد بأحدهما عيباً، وأراد إفراده بالرَّدِّ.

قال في «التَّتِمَّة»: وله الفسخ في الأعيان دون المنافع على الصحيح؛ لبعد ما

بينهما جِنْساً وعَقْداً، وإذا أفرد المنقطع بالرّدّ وجوَّزْناه فيما يرجع به القولان، هذا كلُّه فيما إذا كان المذكورُ فيما يجُوز السّلم فيه، ووصف بالصِّفَات المَشْرُوطة في المسلم فيه، فإن لم يوصف، أو كان هماً لا يجوز السلم فيه؛ كالثياب المخيطة، والمَحْشُوّة، وكالمطبوخ، والمَشْوِيّ من الطعام[1]، فالمسمَّىٰ فاسِدٌ، والرجوع إلَىٰ مهر المثل بلا خلاف، وقوله في الكتاب «خُرِّجَ عَلَى الجَمْعِ بَيْن صَفْقَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ» يجوز إعلامه بالواو؛ لما حكيناه من الطريقة القاطعة، وكذا قوله: «عَلَى قَوْلٍ» في التفريع على الفساد، وقوله «وبِقَيم المَوْصُوفَاتِ» يعني إذا كانَتْ متقوِّمة، فأما المثليّات فالرجوع إلى مثلها على هذا القول.

وقوله: فـ «لَوْ مَاتَ» أي في أثناء مدة الرضاع والانفساخ مبنيٌّ على أنّه لا يجوز الإبدال فيجوز أن يعلّم قوله «انْفَسَخَ فِي المُسْتَقْبَلِ» بالواو.

البَابُ الثَّالِثُ فِي مُوجِبِ الأَلْفَاظِ المُعَلَّقَةِ بِالإِعْطَاءِ

وَفِيهِ مَسَائِلُ:

(الأُولَى): إِذَا قَالَ: طَلَّقْتُكِ عَلَى أَلْفٍ فَقَبِلَتْ لَزِمَ الأَلْفُ، فَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى أَلْفٍ فَكَذَلِكَ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَلِي عَلَيْكِ أَلْفٌ طُلِّقَتْ طَلاَقاً رَجْعِيّاً وَلاَ يَلْزَمُ الأَلْفُ لأَنَّهُ صِيغَةُ إِخْبَارٍ لاَ صِيغَةُ إِلْزَامٍ، فَإِنْ تَوَافَقَا عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ الإِلْزَامَ لَمْ يُؤَثِّرْ تَوَافُقُهُمَا عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ لأَنَّ اللَّفْظَ لاَ يَحْتَمِلُهُ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى أَنَّ لِي عَلَيْكِ أَلْفاً فَالطَّلاَقُ رَجْعِيٌّ لأَنَّهُ صِيغَةُ شَرْطٍ وَالطَّلاَقُ لاَ يَقْبَلُهُ، نَعَمْ لَوْ فُسِّرَ بَالإِلْزَامِ فَفِي قَبُولِهِ خِلاَفٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ترجم الباب بموجب الألفاظ المعلقة بالإعطاء، وهَٰذِهِ الترجمة لا تفي بمقصود الباب كلّه، بل هو معقود لثَلاَثَةِ مقَاصِدَ:

أحدها: بيان الألفاظ الملزمة.

والثاني: القول في التعليق بالإعطاء وما في معناه وموجبه.

والثالث: القول في طَرَف من الشّيْء، والمعلّق بإعطائه أنّه علام يحمل.

أمّا المقصد الأول ففيه صُوَرٌ منْها: أن صيغة المعاوضة مُلْزِمَة، فإذا قال: طلقتُكِ،

---

(١) ذكر المصنف في باب السلم ما نصه قال الصيمري: «يجوز السلم في القمص والسراويلات إذا ضبطت طولاً وعرضاً وسعة وضيقاً».
قال الأذرعي: إن الماوردي والروياني تابعا الصيمري.
قال: وهو الأقرب وذكر في المهمات أن الفتوى على ما في باب الخلع.

[أو](١) أنتِ طالِقٌ على ألفٍ، فقَبِلَتْ صحَّ الخلع، ولزم الألف، على ما تقدم، ولو قال أنتِ طالقٌ، وعليك ألف، أو وَلِي عليكِ ألفٌ، ويُنْظَر، إن لم يسبِقْه استيجاب، بل ابتدأ الزوج به، فيقع الطَّلاَق رجْعيّاً، قَبِلَتْ أو لم تقبَلْ، ولا يلزم المال؛ لأنه غير مذكور عوضاً وشرطاً، بل هو جملةٌ معطوفةٌ على الطَّلاق، فلا يتأثر بها الطلاق ويلغو في نفسها، ويشبه الشافعي ـ رضي الله عنه ـ بما إذا قال: أنتِ طَالِقٌ، ولِي عليْكِ حج، وهذا معنى قولهِ في الكتاب: «لأنَّهُ صِيغَةُ إِخْبَارٍ لاَ صِيغَة إلْزَام» وفرقوا بَيْنَه وبَيْن ما إذا قالت المرأة: طَلِّقْنِي، ولَكَ عليَّ ألفٌ، أو وعلَيَّ ألفٌ؛ حيثُ يقع الطلاقُ بائناً بالألف بأن الَّذي يتعلَّق بالبراءة من هذا العقد إلزامُ المال، فيُحْمَل اللفظ منها على الالتزام، والزوج ينفرد بالطلاق، فإذا لم يأت بصيغة المعاوَضَة، حُمِل كلامه على ما ينفرد به، وصيغته خبر فلو قال الرجل: أردتُ بقول ولِي عليكِ ألفٌ الإلزام وعنَيت ما يعنيه القائلُ بقوله: طَلَّقْتُكِ على ألْفٍ لم يصدق، فإن وافقته المرأة فوجهان:

أحدهما: أن توافُقَهُمَا لا يُؤَثِّر، وزَعَم من قال بِه أن اللَّفْظ لا يصلح للإلزام.

وأصحُّهما: أنَّه يؤثر وتبين منه بالألف، ويكون المعنى: ولي عليْكِ ألفٌ عوضاً عنه، أو نحو ذلك، وإذا قُلْنَا بالوَجْه الأول فلا يحلف على نفْي العِلْم عند الإنكار؛ لأنها إن صدقت ووافقت لم يُؤَثِّر.

وإن قلنا بالثاني فيحلف، وقضية الوَجْه الثَّاني انعقادُ البَيْع، فإذا قال: بِعْتُكَ ولي عليْكَ كذا؛ تفريعاً على انعقاد البيع بالكناية، فهذا إذا لم يسبق منها استيجاب، وطلبٌ، ولفظ الكتاب محمولٌ على هذه الحالة، وإن كان مطلقاً، أما إذا سبق الطلب الاستيجاب، فيُنْظَر إن لم تذكر بدلاً، بأن قالت: طلِّقْني، مقتصرةً عليه، فالحُكْم كما لو لم يسبق الطلب، وإن ذَكَرَتْ بدلاً مبهماً؛ بأن قالَتْ: طَلِّقْني بالبدل، فإن عَيَّنَ الزوجُ في الجواب البَدَلَ، فقال: طلقْتُكِ وعَلَيكِ ألفٌ، فيقدم الطلب الاستيجاب منها وينزل منزلة ما لو أتى بصيغةِ المعاوضة، وقال: طَلَّقْتُكِ على ألف، فإن قَبِلَتْ حَصَلَتِ البينونةُ بالألْف، وإلا لم يقَع الطلاق، وإن أبهم الجواب أيضاً، فقال طَلَّقْتُكِ بالبَدَلِ [أو](٢) قال: طلَّقْتُكِ، فتحصل البينونة بمَهْر المثل، وإن عيَّنَتِ البدل في الاستيجاب، فقالت: طلِّقْني على ألْفٍ، فقال: طلقْتُكِ وعليْكِ ألف، تقع البينونة بالألف؛ لأنّه لو اقْتَصَرَ ـ والحالة هذه ـ عَلَى قَوْله: طَلَّقْتُ، [بانت](٣) بمهر المثل فقوله: وعليْكِ ألْفٌ، لم يكن مؤكّداً، فلا يكون مانعاً وذَكَر في «التَّتِمَّة»: أنّه لو لم يسبِقْ منها طلَبٌ، وشاع في العُرْف

(١) في ز: و.

(٢) في ز: و.

(٣) سقط في ز.

استعمال لفظ المسألة في طلب العوض وإلزامه، كان كما لَوْ قال: طلقْتُكِ على أَلْفٍ، ولو اختلفا، فقال الزوج: طلبْتِ منّي الطلاقَ بالبدل، فقلت في الجواب، أَنْتِ طَالِقٌ، ولي عليْكِ ألفٌ، وقالَتْ: بل كُنْتَ مبتدئاً، فلا شَيْء عَلَيَّ فتصدق بيمينها في نَفْي العوض، ولا رجْعَةَ له بقوله، ومنْها لو قال: أَنْتِ طالقٌ، أو طلقتُكِ على أنَّ لي عليْكِ ألفاً، ففي الكتاب أنّه يقع الطلاق رجعيًا، ولا يثبت المال؛ لأن الصيغة صيغةُ شَرْطٍ، والشرط في الطلاق يلغو إذا لم يكن مِنْ قضاياه، كما لو قال: أَنْتِ طَالِقٌ على أن لا أتزوَّجَ بعَدَكِ أو على أنَّ لكِ عَلَيَّ كذا.

وفي «المهذّب» وغيره أنه كما لو قال: طلقتُكِ أو أنتِ طالقٌ على أَلْفٍ حتى تحصُلَ البينونة، ويلزم المال إذا قَبِلَتْ وهذا ما حكَاه أصحابنا العراقيون عن النَّصِّ في «الأُم» وأودعه أبو بكرِ الفارِسِيُّ عيون المسائل، والاعتمادُ عليه، وقضيته انعقاد البيع إذا قال: بعتُكَ هذا على أن يكونَ عليْكَ كذا، وأدنى الدرجات أن يجعل كنايةً في البيع ثم حكى صاحب الكتاب تفريعاً على الجَوَابِ الَّذي ذكره وجهَيْنِ فيما إذا فسر بالالتزام هل يقبل.

فعن صاحب «التقريب» أنّه لا يَقْبَلُ، وعن غيره القَبُول، وهذا الخِلاَفُ ليس كالخلاف المذكور في قوله: ولِي عليْكِ ألفٌ؛ فإنَّ ذلك الخلافَ في أنهما لو توافقا عليه، هل يؤَثِّرُ توافقهما أما تفسيره مع إنكار المرأة فإنّه لا يقبل بلا خلاف، وسبب الفَرْقِ أنَّ هذه الصيغةَ أَدَلُّ على الالتزام إِنْ لَمْ تَكُن ظاهرةً فيه، وليعلَّم قولُه في الكتاب: «فالطَّلاَقُ رَجْعِيٌّ»، لما بيناه بالحاء، لأنَّه يروى عن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ مثْلُ ما حكيناه عن النَّصِّ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ ضَمِنتِ لِي أَلْفاً فَإِنْ ضَمِنَتْ فِي المَجْلِسِ طُلِّقَتْ وَلَزِمَهَا، وَلَوْ قَالَ: أَمْرُكِ بِيَدِكِ فَطَلِّقِي نَفْسَكِ إِنْ ضَمِنتِ لِي أَلْفاً فَقَالَتْ: ضَمِنْتُ وَطَلَّقْتُ أَوْ قَالَتْ: طَلَّقْتُ وَضَمِنْتُ، نَفَذَ وَلَزِمَ المَالُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه صورتان:

الأولى: إذا قال: أنتِ طالقٌ إن ضمِنْتِ لي ألفاً، أو إن ضمنت لي ألْفاً فأنتِ طالقٌ، فقالت في مجلس التواجب: ضمنتُ، طُلِّقَتْ ولزمها الألف.

ولو قال متى ضمِنتِ لي ألْفاً، فأنْتِ طالقٌ، فلا يشترط الضمانُ في المجلس بل متى ضمنَتْ، طُلِّقَتْ، وليس للزوج الرجوعُ قبْل الضمان، وهذا كما ذكرنا في قوله: إن أعطيتنِي، أو متى أعطيتني ولَوْ أعطتْه، ولم [تقل][1] ضمِنْت، أو قالت: شئْتُ، بدل

(١) سقط في ز.

ضمنت، لم يقعَ الطلاق؛ لأن التَّعْلِيق بالضمان، ولو ضمنت ما دون الألف، لم يقَعْ، ولو ضمنت ألفين، وقَع؛ لوجود الصفة المعلَّق عليها مع مزيد بخلاف ما لو [قالَ][1]: طلَّقْتُكِ على ألف فقالت: قبِلْتُ على ألفين؛ لأن تلك الصيغة صيغةُ معاوضة، يشترط فيها توافق الإِيجاب والقبول.

والثانية: سيأتي القَوْلُ في تفويض الطلاق إلى المرأة بعوض وغير عوض وأحكامه في فصل معقود له في «كتاب الطلاق» وذكرها هنا صورةٌ يَتَعَلَّق بالتفويض؛ وهي أن يقول أمْرُك بيدك، أو جعلْتُ أمرَ الطلاق إليْكِ، فَطَلِّقِي نفسَكِ إن ضمنت لي ألفاً، فقالَتْ: ضمنْتُ وطُلِّقْتُ نفسي أو قالت: طلَّقْتُ وضَمِنْتُ فتحصل البينونة، ويلزم الألف، ويكونان متساوقين، سواءٌ قدَّمَتْ لفظ الطلاق على الضمان، [أو أخرت][2]، كما لو قال الزوج: طلقتُكِ، إن ضمِنْتِ لي ألفاً، فقالت: ضَمِنْتُ، يقع الطلاق، ويثبت المال متساوقين، وإن كان اللفظان متعاقبين، فلو ضمِنَتْ ولم تطلِّقْ أو طُلِّقَتْ، ولم تَضْمَنْ لم يقع الطلاق؛ لأنه فوض إليها التطليق وجعل له شرطاً، فلا بدّ من مباشر التطليق، ومن الشَّرْط، ولا تشترط ـ والصورة هذه ـ إعطاءُ المَال في المجلس، والظاهر أنَّه يشترط وقوع التطليق في المجلس، وفي «أمالي السرخسي» حكايةُ خلافٍ في أنَّه هل يشترط وقوع التطليق في المَجْلس؟ وذلك يقتضي اشتراط التطليق أيْضاً وإلاَّ فالضمانُ مجرَّد وعْدٍ، وليس فيه التزامٌ محقَّقٌ، والمراد من المجْلِسِ مجلسُ التواجب، أو المجلس الَّذي جَرَى فيه الخِطَابُ فيه وجهان:

أصحُّهما: الأول وقد بيناهما في الفصل الثالث من الباب الأول من الخُلْع، ورجح القاضي أبو الطيِّب الوجْه الثاني، وذكر أن البويطي صرَّح به في تفسير لفظ الشافعيّ ـ رحمه الله ـ ولا يخْفَىٰ أن المراد من الضمان في هذه المسائلِ القَبُولُ والالتزامُ، دون الضمان المفتقر إلى الأصيل.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الثَّانِيَةُ): إِذَا عَلَّقَ بِالإِقْبَاضِ أَوِ الإِعْطَاءِ أَوِ الأَدَاءِ اخْتَصَّ بِالمَجْلِسِ إلاَّ إِذَا قَالَ: مَتَى مَا، وَكَذَا إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شِئْتِ لَمْ تُطَلَّقْ إلاَّ بِمَشِيئَةٍ فِي المَجْلِسِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى أَلْفٍ إِنْ شِئْتِ فَقَالَتْ شِئْتُ وَقَبِلْتُ فِي المَجْلِسِ طُلِّقَتْ، وَلَوِ اقْتَصَرَتْ عَلَى أَحَدِ اللَّفْظَيْنِ كَفَى عَلَى أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ.

قال الرَّافِعِيُّ: قد سبَق أنَّه إذا علَّق الطلاق بالإِعطاء، لا يقع إلا بالإِعطاء في المجلس؛ إلا إذا كان التعليق بصيغةِ «مَتَى» وَمَا في معناها، ورُوِّينا عن أحمد ـ رحمه الله

---

(١) سقط في ز.
(٢) سقط في ز.

ـ أنه لا يختص بالمجلس وهو وجْه لبعض الأصحاب، وكل ذلك جارٍ فيما إذا قال: إنْ أقبضْتِنِي كَذَا، أو أدَّيْتِهِ لِي، ولو قال: أنْتِ طالقٌ، إنْ شئْتِ، أو أنتِ طالقٌ على ألف، إن شئْتِ، فيشترط المشيئةُ في مجلس التواجب بخِلاَفِ التعليق بسائر الصفات؛ لأن التعليق بالمشيئة كاستدعاء جواب منها واستبانة لرغبتها؛ فنُزِّلَتْ مشيئتها منزلة القبول في سائر المعاوضات، وأيضاً فإنَّه يتضمن تخيير الزوجة وتفويض الأمر إليها، فأشبه ما إذا قال: طلِّقِني نفْسَكِ، وحكى الحناطي قولاً آخر: أنَّه لا يختص بالمجلس، ويقع الطلاق متى شاء، كما في سائر التعليقات، والمجلس كما في مجلس التواجب، ولو شاءت بعد ما طال الفَصْل، وهما في مكانهما، لم يقع الطلاق، ولو فارقت المكان وشاءت قَبْل أن يمضي فاصل، وقع، هذا هُوَ الظاهر، وفي كل واحد من الطرفين وجْه آخر.

وإذا قالت في المجلس شئْتُ وقبِلْتُ، فقد تم العقد، فتطلق، ويلزم[1] المال ولا يشترط تسليم المال في المجلس.

ولو اقتصرت على قولها: شئْتُ أو قبلْتُ، فحاصل ما ذكر فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو الأصحُ عند صاحب الكتاب أنَّه يكفي؛ لأن كل واحد منهما يُشْعر بالرضا والالتزام، وهذا قضية المنقول عن الشيخ أبي حامد.

والثاني: لا بدَّ من الجَمْع بينهما؛ لأنه لو اقتصر على قوْله: أنْتِ طَالِقٌ، كان الجواب: قبِلْتُ، ولو اقتصر على قوله: أنْتِ طالقٌ إن شِئْتِ كان الجوابُ: شِئْتُ، فإذا جمع بينهما، اشترط في الجواب الجمع.

والثالث: أنَّه يكفي قولها: شئت ولا يكفي قولها قَبِلْتُ؛ لأن التعليق وقع على المشيئة، والقبول ليس بمشيئته، ولذلك لك لو قال: أنتِ طالقٌ، إن شئْتِ، فقالت: قبِلْتُ لم يقع الطلاق، وهذا ما أورده في «التتمة»، وهو اختيار الإمام فيما حكى المعلق[2] عنه، وإذا اكتفينا بلفظ المشيئة، فقد قال المصنِّف في الوسيط[3]: إنَّه لا سبيل للزوج إلى الرجوع على قاعدة التعليقات، وإن شرَطْنا الجمْع بين لفظتي المشيئة والقبول، فهو متردِّد بين التعليق والمعاوضة، ففي جواز الرجوع تردُّد ولو علَّق طلاقها بالمشيئة، بصيغة «مَتَى» طُلِّقَتْ، متى شاءت، ولم يختص بالمجلس، كما في [التعليقات][4] بسائر الصفات.

---

(١) قال في الخادم هذا تفريع من الحناطي والرافعي على اشتراط الجمع بين القبول والمشيئة إذا ابتدأ الزوج بذلك.

(٢) قال النووي: هذا الثالث، هو الأصح بل الصحيح.

(٣) في أ: البسيط.

(٤) سقط في ز.

ولو قالت المرأة: طَلِّقْنِي على ألف درهم فقال: أنت طالقٌ على ألفٍ، إن شئت، فلا يجعل كلامه جواباً لكلامها؛ لما فيه من التعليق، فيتوقف على مشيئةٍ مستأنفةٍ، ولو نَكَّر وقال: على ألفٍ، ونوى ما ذكرت، فكذلك الجواب، وإن نوى على غير الدَّراهم، فقد نقل الحناطيُّ أنه يقع الطلاق رجعيًّا، ولا بدل، وخرج من عنده أنه لا يقع الطَّلاَق حتى يتصل به القبول والمشيئة، كما لو ابتدأ به وهذا هو القيَاسُ الحقّ[١]، وإن لم ينوِ شيئاً فقد حكى وجْهَيْن؛ في أن الطلاق يقع رجعيًّا أو بائناً، ووجهيْن إن وقع بائناً، في أن الواجب مهر المثل أو المُسَمَّى، وقضية جعله مبتدئاً ألاَّ يقع الطلاق أصلاً إلاَّ أن يتصل به قَبُولٌ ومشيئة.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الثَّالِثَةُ): لَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتِنِي فَأَنْتِ طَالِقٌ فَإِذَا وُضِعَتْ بَيْنَ يَدَيْهِ طُلِّقَتْ وَدَخَلَ المُعْطَى فِي مِلْكِهِ مِنْ غَيْرِ لَفْظٍ مِنْهَا لِضَرُورَةِ وقُوعِ الطَّلاَقِ بِالعَوضِ، وَفِيهِ وَجْهٌ أَنَّهُ لاَ يَمْلَكُ المُعْطَى لَكِنْ يُرْجَعُ إِلَى مَهْرِ المِثْلِ، وَإِنْ عَلَّقَ عَلَى الإِقْبَاضِ لَمْ يَكْفِ الوَضْعُ بَيْنَ يَدَيْهِ مَا لَمْ يَأْخُذْهُ بِاليَدِ وَيَقَعُ الطَّلاَقُ رَجْعِيّاً لأَنَّ لَفظَ الإِقْبَاضِ لاَ يُنْبِيءُ عَنِ المِلْكِ بِخَلاَفِ الإِعْطَاءِ، وَقِيلَ: إِنَّ الإِقْبَاضَ كَالإِعْطَاءِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتِنِي أَلْفاً فَأَنْتِ طَالِقٌ فَأَعْطَتْ أَلْفَيْنِ طُلِّقَتْ، وَلَوْ قَالَ: خَالَعْتُكِ عَلَى أَلْفٍ فَقَالَت: قَبِلْتُ بِأَلْفَيْنِ لَمْ يَصِحَّ.

قال الرَّافِعِيُّ: قد تكرر في الخُلْع الكلام في تعليق الطلاق بإعطاء المال، ولا بدَّ فيه من معرفة أن الإعطاء [وبم][٢] يحصل؟ فغرض المسألة بيانُ ذلك، وانضافت إليه صور أُخَرُ تتعلق بمقتضى الألفاظ. أما الأولُ: فإذا سلمت المال إليه وقبضه لم يخْفَ الحكم، وإن وضعته بين يديه كفي، ووقع الطلاق، وإن امتنع الزوج من القبض، قال في «التتمة»: لأن تمكينها إياه من القبض إعطاءٌ منها، فإن امتنع من القبض فهُوَ مفوِّتٌ لحقِّه، وفي شرح «الجويني» وجْهٌ أنه لا يكفي الوضع بين يدَيْهِ، ولا يقع الطلاَقُ؛ لأن الإعطاء إنما يتم بالتسليم والتسلُّم والمشهورُ الأول، وفي المُعْطَىٰ وجهان: المذهب المشهورُ منهما: أنَّه يدخل في ملكه؛ لأن التعليق يقتضي الرجوع عنْد الإعطاء، ولا يمكن إيقاعه مجاناً لقَصْده حصولَ المال المُعْطَىٰ، فإذا ملكت المعوَّض بوقوع الطلاق اقتضت الضرورة دخول العوض في ملك الزوج، فإنَّ مِلْكَ العوضَيْن متقاربان.

والثاني: المَنْع، وَنُقِلَ عن رواية الشيخ أبي علي؛ لأن حصول المِلْك من غَيْر لفظ مملك[٣] من جهتهما بعيدٌ، فيرد المُعْطَىٰ، ويرجع إلى مهر المثل، وهذا الوجه يجري

---

(١) قال في الخادم، وهذا مناقض لما صححه يعني المصنف أولاً من الاكتفاء بالمشيئة دون القبول.

(٢) سقط في ز. (٣) في ز: الملك.

فيما إذا قال: إن ضمِنْتِ لي ألفاً، فأنتِ طالقٌ، فقالت: ضمنت؛ لأن لزوم المال بمجرَّد قولها بعيدٌ، كدخول المعطَىٰ في ملكه بمجرد الإعطاء، وأيد من صحَّح البيع بالمعاطاة بالمذهب الظاهر في المسألة وهو حُصُول الملك في المعطَىٰ، لكن في التوجيه المذكور ما ينبه على الفَرْق؛ وذلك لأنَّها مَلَكَتِ البُضع حيثُ وقع الطلاق، وأحوَجَنَا ذلك إلى إثبات الملْك في العِوَض، ومثْلُ هذا المعنى لا يتحقَّق في المعاطاة، ولو كان قد قال: مَتَى أعطيتِنِي أَلْفاً، فأنتِ طالقٌ، فبعثَتْ به على يد وكيل لها، وقبضه الزوج، لم يقع الطلاق؛ لأن الصِّفَة المعلَّق عليها إعطاؤها لم توجد، وكذلك لو أعطته عن الألف عوضاً، أو كان له عليها ألفُ درْهَم، فتقاصا، ولو حضرت بنفسها، وقالت لوكيلها الحافظِ لِمَالِهَا: سَلِّمْهُ إِلَيْهِ، يقع الطلاق، وكان تمكينها الزوج من المال المقصودِ إعطاءً، ذكَره في «التتمة»، ولو علَّق الطلاق بالإِقْبَاض، فقال: إن أقبضْتِنِي كذا، فأنْتِ طالقٌ، فوجهان:

أظهرهما: وهو المذكور في «التَّتمة» أنَّه تعليقٌ محضٌ؛ لأن الإقباض لا يقتضي التمليك بخلاف الإعطاء، ألا ترى أنَّه إذا قيل: أَعْطَاه عطيَّةً: فُهِمَ منه التمليكُ، وإذا قيل: أقْبَضَه، لم يُفْهَمْ منه ذلك؛ فعلى هذا لا يملك المقبوض، ولا يكون له الرجوع إلى مهر المثل، بل يقع الطلاق رجعيًّا، ولا يختص [الإقباض] بالمجلس كسائر التعليقات[١].

والثاني: أن الإِقباض كالإعطاء؛ لأن ذكْرهُ يُشعْرُ بقصد تحصيله، فعلى هذا الحكمُ كما ذكرنا في الإِعطاء، وإن قال: إن قبضت منك كذا، فهو كما لو قال: إن[٢] أقبضتني، ويعتبر في القبض الأخْذُ باليد، ولا يكفي الوَضْع بين يديه؛ فإنه لا يسمى قبضاً[٣]، ولو بعثَتْ على يد وكيلها، لم يَكْف؛ لأنَّه ما قبض منها، ولو قبض منها، وهي مكرهة يقع الطلاقُ؛ لوجود الصفة، وفي التعليق بالإعطاء لو أخذ منها كرهاً، لا تُطلَّق؛ لأنَّها لم تُعْط، وفي «التتمة» أن ما بيَّناه في التعليق بالإقباض مفروضٌ فيما إذا لم يسبق منه كلام يدل على الاعتياض؛ بأن يقول: إن أقبضْتِني كذا، أو جعلته لي أو

(١) ما ذكره الشيخ من عدم اشتراط الإقباض في المجلس. ذكره في المحرر لكن قال قبله بقليل أنه إذا علق بالإعطاء لا تبرأ إلا بالإعطاء في المجلس على الصحيح إلا إذا علق بمتى وما في معناها فلا يختص بالمجلس. وكل ذلك جار في إن أقبضتني أو أديت إليّ.

(٢) سقط في ز.

(٣) قال الشيخ البلقيني: هذا إنما هو في صورة إن قبضت منك وكلام جمع من الأصحاب يدل على ذلك، أما لو قال إن أقبضتني فوضعته بين يديه فإنه يكون كافياً لإيقاع الطلاق رجعياً؛ لأنها أقبضته. وقال الإمام في النهاية: ثم إذا قال إن أقبضتني فجاءت به وأوقعته بين يديه فهذا إقباض ولا يشترط في تحقيق الإقباض أن يقبض الزوج بالبراجم انتهى.

لأصرفه في حاجتي، وما أشبَه ذلك[١]، والأداء والدفع والتسليم كالإقباض ولو قال إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق فأعطت ألفين طلقت لأن وقوع الطلاق هنا بحكم التعليق وإعطاءُ الألفين يشتمل على إعطاء ـ الألف، وكذا لو قال: إن ضمِنْتِ لي ألفاً، فضمنت ألفين، وَيَلْغُو ضمان الزيادة على الألف، وإذا قَبَض زيادة على القَدْر المعلّق به، كانت أمانةً عنده ويخالف ما إذا قال: خالَعْتُكِ بألف، فقبِلَت، بألفين؛ حيث لا يصحُّ، ولا يحصل الفراق؛ لأن القبول لم يوافق الإيجاب.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الرَّابِعَةُ): إِذَا قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتِنِي أَلْفَ دِرْهَمٍ وَفِي البَلَدِ نُقُودٌ مُخْتَلِفَةٌ وَالغَالِبُ وَاحِدٌ فَأَتَتْ بِغَيْرِ الغَالِبِ طُلِّقَتْ لِعُمُومِ الاسْمِ لَكِنْ عَلَيْهَا الإِبْدَالُ بِالغَالِبِ لاخْتِصَاصِ المُعَاوَضَةِ بِهِ وَلَفْظُ الإِقْرَارِ أَيْضاً لاَ يَخْتَصُّ بِالغَالِبِ بَلْ أَثَرُ العُرْفِ فِي المُعَامَلَةِ فَقَطْ دُونَ التَّعْلِيقِ وَالإِقْرَارِ، وَلَوْ أَتَتْ بِأَلْفٍ مَعِيبٍ طُلِّقَتْ لِعُمُومِ الاسْمِ وَعَلَيْهَا الإِبْدَالُ بِالسَّلِيمِ لِلْمُعَاوَضَةِ (الخَامِسَةُ): إِنْ كَانَ الغَالِبُ دَرَاهِمَ عَدَدِيَّةً نَاقِصَةً لَمْ يَنْزِلْ عَلَيْهَا الإِقْرَارُ وَالتَّعْلِيقُ، وَهَلْ يَنْزِلُ عَلَيْهَا البَيْعُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَيُقْبَلُ تَفْسِيرُ التَّعْلِيقِ وَالإِقْرَارِ بِالمُعْتَادِ عَلَى أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ، وَكَذَلِكَ لاَ يَنْزِلُ عَلَى الدَّرَاهِمِ المَغْشُوشَةِ؛ لأَنَّهَا نَاقِصَةٌ وَلَكِنْ يَصِحُّ التَّعَامُلُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ قَدْرُ النُّقْرَةِ مَعْلُوماً وَإِلاَّ فَوَجْهَانِ.

قال الرَّافِعِيُّ: مقصود المسألتين بيَانُ ما ينزل عليه لفظ الدراهم، إذا عُلِّقَ الطلاقُ بإعطائها، وما يقبل التفسير به، وقد بَيَّنَّا في «الزكاة» ثم في «الإقرار» قدر الدرهم الإسلامي، واسم الدرهم يقع على ذلك القَدْر من النقرة الخالِصَةِ المَضْرُوبَة، سواءٌ كان نوْعُه جيداً أو رديئاً؛ لسواد أو خشونةٍ أو غيرهما، فإذا قال: إن أعطيتِنِي أَلْفَ درْهَمٍ، فأنت طالقٌ، يقع الطلاق بأي نوع أعطته، لشمول الاسم، لكن إذا كان في البلد نقْدٌ غالب، فأتَتْ بغير الغالب، فتطالَبُ بالغَالب؛ لأن المعاملاتِ تنزل على النقْد الغالب، والخُلْعُ فيما يرجع إلى المال كسائر المعاملات، ونقل القاضي ابن كج عن رواية أبي علي الطبري قولاً آخر أن[٢] الرجوع إلى مهْر المِثْل، والظاهر الأول، ولْيَكُنْ هذا الخلافُ مرتَّباً على الخلاف المذكور في الفصْل السابق أن المُعْطَىٰ على الوجْه الذي ينبغي أن يكون هل يملك؟ إن قلنا: لا يملك ثَمَّ، والرجوع إلى مهر المثل، فها هنا أوْلَى، وإن قلنا: يملك، فها هنا خلافٌ؛ لأن المأتيَّ به غير المستحق، فإن حكمنا بأن الرجوع إلى مَهْر المثْل، فالمُعْطَىٰ غير مملوك، وإن قلنا بالرجوع إلى الغالب، فالمعطى

---

(١) قال النووي هذا الذي ذكره المتولي، متعين.

(٢) سقط في ز.

مملوك للزوج، لكن للزوج أن يردَّه ويطالب بالغالب، ويوضحه أن صاحب «التهذيب» قال: للزوج الخيارُ؛ إن شاء رَضِيَ به وإن شاء رَدَّه وطَالَب بالغالب، وذكر في «الوسيط» أن الزوج لا يملك المُعْطَى، ويجب الإبدال، وبه يُشْعر قوله في الكتاب «وَلَكِنْ عَلَيْهَا الإِبْدَالُ بِالغَالِبِ» والأقوى الأول، ثم العادة الغالبة إنما تؤثِّر في المعاملات، لكثرة وقوعها، ورغبة الناس فيما يروج في البقعة غالباً، لا تؤثر في التعليق والإقرار، بل يبقى اللفظ على عمومه فيهما، أما في[1] التعليق؛ فلقلة وقُوعِه، وأمَّا في الإقرار، فلأنَّه إخبار عن وجوب سابق، وربما تقدم الوجوب على الضَّرْب الغالبِ أو وجب في بقعة أخرى، وصورة الإقرار مذكورةٌ في بابه، ويجوز إعلامها بالواو؛ لوجْه ذكرنا هناك أن التفسير بغير سكَّة البلد لا يُقْبَل، ولو قال: طلَّقْتُك على ألْف، فهذا ليس بتعليق، فيُنَزَّل على الغالب على قاعدة المعاملات ثم في الفَصْل صورتان:

إحداهما: لو كان في البلد دراهمُ عادية ناقصةُ الوزن أو زائدةُ الوزن، لم يُنَزَّلِ الإقرار ولا التعليق علَيْها؛ لأن الغلبة لا تؤثر فيهما، واللفظ صريح في الوازنة، وفي تنزيل البيع، والمعاملة عليها وجْهَان:

أحدهما: المَنْع؛ لأن الدراهم صريحٌ في المقدار والمذكور، والعرفُ لا يغيِّر المُسَمَّى، وإن كان مخصصاً ببعض الأنواع.

وأظهرهما: التنزيل عَلَيْها؛ لأنها التي تقصد في مثل هذه البلدة، وليس في استعمال الدرهم في الناقص إلاَّ استعمال اللفظ في بعض معناه، وأنه من طُرُق المَجَاز، وهل يقبل تفسير المقر بالناقصة أطلق في الكتاب فيه وجْهَيْنِ، وفيه تفصيل، قد مرَّ في «الإقرار»، وحاصِلُه أن الإقرار إن كان في ثلاثة دراهم تامة، فلا يقبل التفسير بالناقص، وإن كان التفسير مفصَّلاً على الأصح وإن كان التفسير في ثلاثة دراهم ناقصةٍ فيُقْبَل التفسير المتَّصل، وكذا المنفصلُ على الأصح، ولو فسر المعلَّق بالدراهم المعتادة، فإن كانت زائدةً، فهو كالتفسير في الإقرار بالناقصة، والظاهرُ القَبُول، وإن كانت ناقصةً، قال الإمام: يُقْبَل لا محالة [لأنه توسيع لباب الطلاق].

الثانية: لو أتت بدراهم مغْشُوشَةٍ، فيُنْظَرُ إن كان الغالبُ في البلد الدراهمَ المغشوشةَ، فقد أطلق صاحب الكتاب أنَّه لا يُنَزَّل اللفظ عليها؛ لأنها ناقصةٌ، من حيث إن الغِشَّ غير متناول باسم الدرهم؛ لِمَا مَرَّ أنه يقع على الفضة، وعلى هذا فلا يقع الطلاق إلا إذا أعطت ألفاً خالصةً ولكن في «الوسيط» أنها تسترد ما أعطت، وتعطيه ألفاً مغشوشةً، ومن قال بهذا، قال: التفسير بالمغشوشة كالتفسير بالناقصة، وإذا قبلنا التفسير

---

(١) سقط في ز.

بهما فنراجِعُه؛ ليعبر عن مقصوده، أو تأخذ بالظاهر إلا أن يفسر فيه احتمالان في «البسيط»[(١)] والذي أورده صاحب «التهذيب» و «التتمة» أن اللفظ ينصرف إلى المغشوشة، ويقع الطلاق، إذا أعطت أَلْفَ درهم مغشوشةٍ، وهل يُسَلَّم له بذلك؟ قال المُتَوَلِّي: يبنى على أن المعاملة بالدراهم المغشوشة، هل تجوز إن لم نجوِّزها رَدَّ الدراهم، ولزمها مهر المثل، وإن جوَّزنا سلِّمَتْ له الدراهم، وليعلَّم لذلك قولُه في الكتاب «وَكَذَلِكَ لاَ يُنَزَّلُ عَلَى الدَّرَاهِمِ المَغْشُوشَةِ» بالواو ويشبه أن يكون ما في الكتاب أَظْهَرَ أن يُنَزِّلَ اللفظ على المغشوشة، إذا غَلَبَتْ، فليُنَزَّل اللفظ على الناقصة إذا غلبت، والذاهب إليه يمْكِنُه الفَرْق، بين التعليق والإقرار؛ لأن الإقرار إخبار عن سابق، والتعليق بالمال قضية معنى المعاوضة، فألحق في التنزيل على المعتادة بالمعاملات، وإن كان الغالِبُ الدَّرَاهم الخالصةَ، فلا تطلق إلاَّ إذا أعطَتْ قَدْر ما يبلغ نُقْرَتُه أَلْفَ درهم؛ لِمَا مرَّ أن لفظ الدراهم للفضة، ولم يوجد عادة صارفة، وعن القاضِي الحُسَيْنَ ـ رحمه الله ـ حكايةُ وَجْه أنَّه لا يقع الطلاق، وإن بلغ القَدْر المذكور كما لو أعطته سبيكةً، وإذا قلنا بالوقوع، فهل يملك الزوج المغشوشَ المدفوعَ إليه؟ حكى أبو الفرج السرخسي فيه وَجْهَيْنِ:

أحدهما: لا؛ لأن المعاملة تُنَزَّلُ على نقد البلد.

والثاني: نَعَمْ؛ لأن قَبْضَها اعتبر في إيقاع الطلاق، فكذلك في إفادة الملك، ولكن له الردُّ بسبب العَيْب فإذا رَدَّ، فالرجوع إلى مهر المثل أو إلى ألف خالصة، فيه قولان، ولك أن تقول: ما ينبغي أن يملك الغشَّ، والصورة هذه بحَالٍ؛ لأن التعليق بإعطاء الدراهم، وهي العوض والدرهم كما مرَّ اسمٌ للقدر المعلوم من الفضة، فإذا بلغ فِضَّة المدفوع الألْفَ، بقي الغشّ شيئاً [مضموماً][(٢)] إلى النقرة الّتي هي العوض؛ فلا وجه لصيرورته ملكاً له، كما إذا ضمت إلى الألف ثوباً[(٣)].

وأمّا قوله في الكتاب «وَلَكِنْ يَصِحُّ التَّعَامُلُ عَلَيْهَا...» إلى آخره قد مرَّ في الزكاة طَرَفٌ مما يتعلق بالدراهم المغشوشة، وذكر صاحب الكتاب الوجهين هناك، وأعدنا المسألة مع زياداتٍ في أول «البَيْع»، والظاهر صحَّة المعاملة بها.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (السَّادِسَةُ): إِذَا قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتِنِي عَبْداً فَأَنْتِ طَالِقٌ وَوَصَفَ العَبْدَ بِمَا يَجُوزُ فِيهِ السَّلَمُ فَأَتَتْ بِهِ طُلِّقَتْ وَمَلَكَ الزَّوْجُ العَبْدَ، وَإِنِ اقْتَصَرَ عَلَى ذِكْرِ العَبْدِ طُلِّقَتْ بِكُلِّ مَا يَنْطَلِقُ عَلَيْه اسْمُ العَبْدِ مِنْ مَعِيبٍ وَسَلِيمٍ لَكِنْ يَرُدُّ عَلَيْهَا وَيَرْجِعُ إِلَى مَهرِ المِثْلِ

---

(١) قال النووي: أفقههما: الثاني. (٢) في ز: مضموناً.

(٣) قال النووي ظاهر كلام القائل بالملك، أنه لا ينظر إلى الغش لحقارته في جنب الفضة، ويكون تابعاً كما سبق في مسألة نعل الدابة. والله أعلم.

لأَنَّهُ مَجْهُولٌ، وَلَوْ أَتَتْ بِعَبْدٍ مَغْصُوبٍ فَفِي وُقُوعِ الطَّلاَقِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتِنِي خَمْراً فَأَتَتْ بِخَمْرٍ مَغْصُوبٍ فَوَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ، وَأَوْلَى بِالوُقُوعِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتِنِي هَذَا العَبْدَ فَأَعْطَتْ فَخَرَجَ مُسْتَحقاً فَهَلْ يَبَيَّنُ أَنَّ الطَّلاَقَ لَمْ يَقَعْ؟ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعطَيْتِنِي هَذَا الحُرَّ وَقَعَ الطَّلاَقُ بِإِعْطَائِهِ رَجْعِياً، وَقِيلَ: يُرْجَعُ إِلَى مَهْرِ المِثْلِ وَيَكُونُ بَائِناً.

قال الرَّافِعِيُّ: إذا قال: إن أعطيتني عبداً أو ثوباً، فأنْتِ طالقٌ، ووصَفَه بما يُعْتَبر الوصف به في السلم، فأتَتْ به على الصفة المذكورة، طُلِّقَتْ، ويملكه الزوج كما ذكرنا في الدراهم، وإن أعطته على غير تلك الصفة فلا طلاق، ولا ملك، وإذا كان على تلك الصفة ووجَد به عيباً، فله الخيار، فإن ردَّه، فالرجوع إلى مهْر المِثْل، في أصح القولين، وإلى قيمته صحيحاً في الثاني؛ وليس له أن يطالِبَ بعَبْدٍ بتلك الأوصاف سليم، بخلاف ما إذا قال لامرأته: طلقتُك أو خالَعْتُكِ على عبْدٍ صفتُه كذا، فأعطَتْه عبداً بتلكَ الصفات، وكان معيباً له الرَّدُّ، والمطالبة بعَبْدٍ سليم، لما سبق من الفرق. وفي كتاب الحناطي وجْه: أنَّه لا يرد العبد بل يأخذ أرشْ العَيْبٌ، وإن اقتصر علىٰ قوله: إن أعطَيْتِنِي عبْداً فأعطته عبْداً مملوكاً لها يقع الطلاق لوُجود الصفة المعلَّق عليها، ولا يملكه الزوج؛ لأن الملك فيه يثبت المعاوضَة، والمجهولُ لا يصلح عوضاً، فيجب الرجوع إلى عوض البضع وهو مهر المثل، ويتعين ها هنا مهر المثل رجوعاً؛ لأن المجهول لا تُعْرَفُ قيمته حتى يفرض الرجوع إليها، وحكى القاضي ابن كج والحناطي وجهاً أنه يقع الطلاق رجعياً، ولا يلزمها مهر المثل وإنما يلزم ذلك إذا ابتدأت، وسألت الطلاق على عوض، فقال في الجواب: إن أعطيتني عبْداً فأنْتِ طالقٌ، فأعْطَتْ، والمذهبُ الأول، ولا فرق بين أن يكون العبْد المُعْطَىٰ سليماً أو معيباً ولا بين القن، والمُدْبر، والمعلَّق عتقُهُ بصفة، لوقوع اسم العبد على الكل، وإمكان النقل والتمليك، ولو أعطته مكاتباً، لم يقَع الطلاق، وكذا لو قال لأجنبي: إن أعطيتَنِي أمَةً، فزَوْجَتِي طالقٌ فأعطاه أمَّ وَلَده، وأشير في المكاتب إلى وجه آخر، وربما جاء مثله في أم الوَلَد ولو كان قد وَصَف العبد ببعض الأوصاف، ولم يستوعب، فهو كما لو أطلق ذكْر العبد في أن الرُّجُوع إلى مَهْر المثل، لكن لو أعطَتْه عبْداً على غير تلك الصفة، لم يقَع الطلاق، وذلك مثل أن يقول: إن أعطيتِني عبْداً تركياً فأعْطَتْه هندياً، ولو أتت بعبْدَ مغصوبٍ أو مشتركٍ بينها وبين غيرها، أو قال: إن أعطيتِنِي ألْف درهم، فأتت بدراهم مغصوبةٍ فوجهان:

أحدهما: أن الحُكْم كما لو أتت بما تملكه، فيقع الطَّلاَق، ويكون الرجوع إلى مهر المثل؛ لأن الزوج لا يملك المدْفُوع، وإن كان مملوكاً، فلا معنى لاعتبار الملك.

وأصحهما: لا يقع الطلاق؛ لأن الإعطاء يعتمد التمليك على ما مر، وإذا كان

المسمّىٰ مما لا يمكن تمليكه، فلا يجري أو لا يستحسن فيه لفظُ الإعطاء؛ ألا ترى أنَّه لا يقال: أعطاه حرًّا، ولا يمكن تمليك المغصوب، ولا جمع المشترك، وطرد هذا الخلاف في العبد المرهون والعبد المستأجر[1] من غيره.

ولو قال: إن أعطيتِنِي هذا العبْدَ المغصوبَ، فأعطَته، ففيه خلافٌ مرتَّبٌ وأَوْلَىٰ بأن يقع وهو الظاهر؛ لأنَّ التصريحَ بالغَصْب يدل على أنَّه لم يقْصِدْ مهْر المثل، [ولو قال إن أعطيتني زق خمر أو خنزير فأنت طالق فقد سبق أنها إذا أتت به بانت ووجب مهر المثل] فإن أتَتْ بخمرٍ مغصوبةٍ، وذلك بأن كانت محترمةً فإن قلنا في العَبْد المغصوب أنه يقع الطلاق، فها هنا أَوْلَىٰ وإن قلنا: لا يقع هناك، فها هنا وجْهَان:

أظهرهما: الوقوع؛ لأن الإعطاء ها هنا مضافٌ إلى ما لا يتأتى تمليكه.

والثاني: المَنْعُ، ويحمل على ما تختص به يداً كما حمل لفظ العَبْد على ما تختص به ملكاً، ولو قال: إن أعطيتني هذا الحُرَّ فأنْتِ طالقٌ، ففي «البسيط» وغيره ما يقتضي جَعْلَه على الخلاف: وجْه عدم الوقوع أن الإعطاء تمليك، وإضافة التمليك إلى الحُرِّ فاسدةٌ، فصار كما لو قال: إن صلَّيْت وأنْت محدِثَةٌ أو بِعْتِ الخَمْر فأنْتَ طالقٌ، لا يقع الطلاق بصورة الصلاة والبيع، وإذا قلنا بالوقوع فيقع رجعيّاً أو بائناً، فيه وجهان:

أحدهما: يقع رجعيّاً؛ لأن الحر لا يملك فالزوج لم يطمع في شَيْء.

والثاني: أنه كالتعليق بالخمر والمَغْصُوب، وهذا أشبه بما مر في المسائل المناظرة لهذه في الخلع والصداق، ورجح صاحب الكتاب الأوَّلَ، ولو قال: إن أعطيتني هذا العبد [أو][2] والثوب، فأنتِ طالقٌ، فأعطته طُلِّقَت، وملكه الزوج، فإن خرج مستحقاً أو مكاتباً، فهل يتبين أن الطلاق لم يقع، فيه وجْهان كما ذكرنا في صورة الإطلاق، ولكنَّ الأصحَّ ها هنا الوقوع؛ لمكان التعيين، والإشارة وقَرُبَ الوجهان من الوجهين، فيما إذا وكَّل رجلاً بشراء عبد معين، فاشتراه وخرج معيباً، هل يستقل بالرد؛ لأنَّه بالتعيين قطع نظره واجتهاده وإذا قلنا: إن الطلاق واقع فالرجوع إلى مهر المثل في أصح القولين، وإلى قيمة العبد في الثاني وإذا وجده معيباً فله الردُّ، وعن ابن أبي هريرة أنا إذا قلنا: إن الرجوع إلى القيمة، فيجيء ها هنا وجْهُ أنه لا يرد بل يرجع بالأرْش، فإذا ردّ عاد القولان في أن الرجوع إلى مهر المثل، أو إلى قيمته سليماً وذكر في «التهذيب» أنه لو قال لامرأته الأمَةِ إن أعْطَيْتِني ثوباً، فأنتِ طالقٌ، فأعطته ثوباً لم تطلَّقْ؛ لأنها أعطتْ ما لا تملك[3] فإن قال إن أعطيتني الثوب، فأعطته طُلِّقت، وفيما عليها القولان، وهذا

---

(١) قال النووي: يجري الخلاف في المستأجر إذا لم يجوز بيعه، وإلا فهو كغيره.

(٢) في ز: و.

(٣) تقدم في كلام الشيخ عن المتولي عكس ذلك وقرر به.

اقتصار منه على الجواب الأصح في الثوب المُطْلَق، وفي المُعَيَّن والله أعلم ولا يَخْفَى مما تقدَّم أن الإعطاء في جميع صور الفصل ينبغي أن يقع في المجلس، والله أعلم.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتِنِي هَذَا الثَّوْبَ المَرْوِيَّ فَإِذَا هُوَ هَرَوِيٌّ طُلِّقَتْ عَلَىٰ وَجْهٍ وَإِنَّمَا هُوَ غَلَطٌ فِي الوَصْفِ، وَلَوْ قَالَ: خَالَعْتُ عَلَى هَذَا الثَّوْبِ عَلَى أَنَّهُ هَرَوِيٌّ فَإِذَا هُوَ مَرْوِيٌّ نَفَذَتِ البَيْنُونَةُ وَلِلزَّوْجِ خِيَارُ الخُلْفِ فِي العِوَضِ دُونَ الطَّلاَقِ.

قال الرَّافِعِيُّ: فيه صورتان:

إحداهما: لو قال: إن أعطيتِنِي هذا الثوبَ، وهو هَرَوِيُّ، فأنت طالقٌ، فأعطته، وبان مروياً، لم يقع الطلاق؛ لأنه علق الطلاق بإعطائه، بشَرْط كَوْنِهِ هَرَوِيًّا، ولم يوجد هذا الشرط، فأشبه كما إذا قال: إن أعطيتني هذا الثوب، فأنتِ طالِقٌ إن كان هرويًّا، ولو قال: إن أعطيتِنِي هذا الثوبَ الهروِيَّ؛ فإذا هو مَرْوِيٌّ أو بالعكسِ، فوجهان عن القاضي الحُسَيْن.

أحدهما: أنها لا تُطلَّق كما في الصورة السابقة؛ تنزيلاً له على الاشتراط.

والثاني: تُطلَّق؛ لأنه أشار إلى عين الثوب، وكونه هروياً لم يذكره على صيغة الاشتراط بل الصيغة صيغة واثق بحصول هذه الصفة لكنَّه أخطأ فيه، وهذا أشبه.

الثانية: لو خالَعَها على ثوْبٍ هَرَوِيٍّ، ووصف كما ينبغي فأعطَتْه ثوباً بتلك الصِّفَات على اعتقاد أنه هروي، فَبَانَ أنه مروي فيردّه، ويطالب بثوب هروي بالصفات المذكورة، ولو خالَعَها على ثوب بعينه على أنه هَرَوِيٌّ، فبان مرويًّا، نفذت البينونة، وملكه الزوج، واختلاف الصفة كَعَيْبٍ يوجد فيه، فله خيار الخُلْف، وفي «شرح مختصر الجُوَيْني» وجه: أنه إن كانت قيمة المرويِّ أكثر أو لم يكن تفاوتٌ فلا رد لأن الجنس واحد، ولا نقصان، والظاهرُ الأول، وإذا رد رجع إلى مهر المثل، على أصح القولين وإلى قيمة ثوب هروي في الثاني، فإن وجد به عَيْباً بعْد تلفه أو تعيبه في يده، ولم يمكنه الردُّ، فيرجع بقدر النقصان من مهر المثل في أصح القولين، ويقدر ما انتقص من القيمة في الثاني، وليس له المطالبة ها هنا بثوب هروي، لأنه معين العقد.

قال أبو الفرج السرخسي: وهَذَا على قولنا: إن اختلاف الصِّفَة لا تُنَزَّل منزلة اختلاف العَيْن، وفيه قولان ذكرناهما في النكاح، فإن نَزَّلْناه منزلة اختلاف العين، فالعِوَضُ فاسدٌ، فليس له إمساكُهُ ويرجع إلى مَهْر المثل، أو بدل الثوب لو كان مرويًّا على اختلاف القولين، ولو خالَعَها على ثوب بعينه على أنَّه كتَّان، فبان قُطْناً أو بالعكس، فالذي ذكره الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيِّب وأصحابُنا العراقيون أن العوض فاسدٌ وإن نفذت البينونة، لأن الاختلاف ها هنا راجعٌ إلى الجنس، وفي الصورة

السابقة الاختلافُ راجع إلى الصفة، والهَرَوِيُّ والمَرْوِيُّ كلاهما من جنس واحد، وإذا فَسَد العوض، كان كما لو خالَعَ على خَمْر، فيكون الرجوع إلى مهر المثل، أو بدل ثوب كتان على اختلاف القولين، وليس له إمساكُ ذلك الثَّوْب، وهؤلاء قالوا: لو بَاعَ ثَوْباً على أنّه كَتَّان، فَبَانَ قُطناً، فسد البيع، وسوى في «التهذيب» بين هذه الصورة السابقة، وأجاب فيها بمثل الجواب المذكور هناك، وجَمَع صاحب «التتمة» بين الجوابين فقال: هو مبنيٌّ على ما إذا قال: بعْتُ منْكَ هذه البَغْلَة، فإذا هي فرَسٌ، هل يصح البيع، إن صحَّحنا؟ فهو كاختلاف الصفة، وإلا فسدت التسمية، ولم[1] يكن له إمساكُ ذلك الثَّوبْ ولو قالَتْ: خالِعْنِي على هذا الثَّوْب؛ فإنه هرويٌّ، فخالعها عليه،فخرج مرويًا، فالحكم كما لو قال: خالعْتُكِ عليه على أنه هروي؛ لأنَّها غرَّتْه[2] وفي «التتمة» أنها لو قالت لزوْجها: هذا الثَّوْب هروي، فقال: إن أعطيتني هذا الثوبَ، فأنت طالِقٌ، فأعطته، فبان مرويًا فيبنى على المتوطأ عليه قبل العقد هو كالمشروط في العقد، إن قلنا: نعم، لم يقع الطلاق، وإلا وقَعَ، وليس له إلا الثوب ولو قال: خالَعْتُكِ على هذا الثوب، وهو هَرَوِيٌّ، فبان خلافه، فلا رد له؛ لأنه لا تغرير من جهتها، ولا اشتراط منه، وكذا لو قال: خالعْتُكِ على هذا الثوب الهرويِّ، كذا ذكره في «التهذيب»، وقد يقال: قوله[3] و «هو هَرَوِيٌّ» أفاد الاشتراط من قوله: إن اعطِتِنِي هذا الثوب، وهو هرَوِيٌّ، حتى لم يقع الطلاق إذا لم يكن هرويًا، فلم هذا الاشتراط في قوله: خالعْتُكِ على هذا الثوب وهو هروي حتى يتمكن من الرد، إذا لم يكن هرويًا، كما في قوله: خالَعْتُكِ على هذا الثَّوْب على أنَّه هروي، والجوابُ أنَّ قوله هناك: «وهُوَ هَرَوِيٌّ» دخل على كلام غير مستقل؛ فإن قوله: إنْ أعْطَيْتِنِي هذا الثوب، لا استقلال له، فيتقيد بما دخَلَ عليه، وتمامه عند قوله: فأنْتِ طالِقٌ، وقوله: خالَعْتُكِ على هذا الثوب كلامٌ مستقلٌ، فجعل قوله بعده: وهُوَ هَرَوِي جملةً يرأسها، ولم يتقيد به الأول، وقوله في الكتاب: «ولِلزَّوْجِ خيارُ الخُلْف في العوض دون الطلاق» معناه أن البينونة حاصلةٌ لا مَدْفَع لها، وفوات الشرط إنَّما يُؤَثِّر في العوض كما أن أثر الفَسَاد لكونه خَمْراً أو خنزيراً يختص بالعِوَض، ولا يُؤَثِّر في البينونة، وقد مَرَّ في الصداق والخلع ما يعرف ذلك، ويغني عن التعرض له في هذا المقام والله أعلم.

البَابُ الرَّابعُ فِي سُؤَالِ الطَّلاَقِ، وَفِيهِ فُصُولٌ

(الأَوَّلُ فِي أَلْفَاظِهِ): وَفِيهِ صُوَرٌ: (الأُولَى): إِذَا قَالَتْ: مَتَى مَا طَلَّقْتَنِي فَلَكَ أَلْفٌ

---

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

أَخْتَصَّ الجَوَابُ بَالمَجْلِسِ، بِخِلاَفِ قَوْلِهِ لَهَا: مَتَى مَا أَعْطَيْتِنِي، وَلَوْ قَالَتْ: إِنْ طَلَّقْتَنِي فَأَنْتَ بَرِيْءٌ مِنَ الصَّدَاقِ فَطَلَّقَ فَهُوَ رَجْعِيٌّ وَلاَ يَحْصُلُ البَرَاءَةُ لأَنَّ تَعْلِيقَ البَرَاءَةِ لاَ يَصِحُّ، وَلَوْ قَالَتْ: طَلِّقْنِي وَلَكَ عَلَيَّ أَلْفٌ فَطَلَّقَ لَزِمَهَا الأَلْفُ وَصَلُحَتْ هَذِهِ الصِّيغَةُ مِنْهَا لِلالْتِزَامِ وَإِنْ لَمْ يَصْلُحْ مِنْهُ لِلالْتِزَامِ، وَلَوْ قَالَ: بِعْنِي وَلَكَ عَلَيَّ أَلْفٌ فَذَلِكَ لاَ يُحْتَمَلُ فِي البَيْعِ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَتْ: طَلِّقْنِي عَلَى أَلْفٍ فَقَالَ: طَلَّقْتُ وَلَمْ يَذْكُرِ المَالَ فَلَهُ أَنْ يَقُولَ: لَمْ أَقْصِدِ الجَوَابَ حَتَّى يَكُونَ رَجْعِيّاً، وَلَوْ قِيلَ لَهُ: أَطَلَقْتَ؟ فَقَالَ: نَعَمْ، فَهُوَ مُتَعَيِّنٌ لِلْجَوَابِ لأَنَّهُ غَيْرُ مُسْتَقِلٍّ.

قال الرَّافِعِيُّ: ضمن الباب فصولاً:

أحدها: في ألفاظ المرأة في سؤال الطلاق.

والثاني: في سؤال عَدَدٍ معيَّن من الطلاق.

والثالث: فيما إذا سألت طلاقاً معلقاً بزمان، ثم عقد فصلاً في خلع الأجنبي، وليست له قرابة تختص بهذا الباب، ولو أورده في باب مُفْرَد، أو في الركن الثاني من أركان الخُلْع، وهو القابل لَكَانَ أحْسن، أما الفصل الأول؛ ففيه صور:

منها: أن قول المرأة: طلِّقْني بكذا، أو على كذا صيغةٌ صحيحةٌ في الالتزام، وكذا في قولها: طلِّقْني على أن عليَّ كذا، أو على أن أعْطِيَكَ كذا أو أضمن لك وفي معناها قولها: إنْ طلَّقْتَنِي أو إذا طلقتَنِي فلك عليّ كذا، ويختص الجواب بالمَجْلس، وكذا لو قالت: متى ما طلَّقْتَني، ويختص الجواب بالمجلس، بخلاف قول الرجل: مَتَى ما أعطَيْتِنِي كذا، فأنت طالِقٌ، وهذا قد سبق بتوجيهه.

ومنها: لو قالت: إنْ طلَّقْتَني، فأنت بريْءٌ من الصداق، أو فقد أبرأْتُكَ، فقال: قد طلقْتُكِ، وقع الطلاق رجعيّاً ولم يبرأ عن الصداق؛ لأن تعليق الإبراء لا يصح، وطلاق الزوج طمعاً في البراءة من غير لفظ صحيح في الالتزام، ولا يوجب عوضاً وها هنا كلامان:

أحدهما: أنه قد مر في باب الضَّمَان أن تعليق الإبراء صحيحٌ على القديم، وأن معنى الإسقاط يقتضي المسامحة في الجديد أيضاً، فالذي أطلق ها هنا الجواب على الجديد على الأظهر في أن تعليق الإبراء لا يصح.

والثاني: أنه وإن لم يصحَّ الإبراء، فالزوج طَلَّقَ طمعاً في حصول البراءة، وهي رَغِبَتْ في الطلاق بالبراءة فكان لا يبعد[1] أن يقال: هذا عوضٌ فاسدٌ، فأشبه ما إذا ذكر

(١) في ز: الأبعد.

خمراً[١] أو خنزيراً.

ومنها: لو قالت: طَلِّقْني ولك عليَّ ألفٌ، فقال: طلَّقْتُ حصَلَتِ البينونة، ولزم الألف؛ لأن هذه الصيغة تصلح للالتزام، قال الله تعالى: ﴿وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ﴾ [يوسف: ٧٢] والإتيان بها عقيب سؤال الطلاق قرينةٌ دالَّةٌ عليه، ويخالف ما إذا قال الزوج: طلقْتُكِ ولي عليك كذا؛ فإنه لا يصلح للالتزام للمال على ما مر، وعند أبي حنيفة، وهو وجه عند بعض الأصحاب أنَّه لا يثْبُت العِوَض كما لا يثبت، إذا قال الزوج: طلقْتَكِ ولي عليك كذا؛ وهذا لأن قولها: وَلَكَ عليَّ كذا بالوعد أشْبَهَ منه بالالتزام؛ فعلى هذا إن اقتصر على قوله: طلَّقْتُكِ، يقع الطلاق رجعيّاً وإن قال: طلَّقْتُكِ على ألف، احتاج إلى قَبُولها، قال أبو سعيد المتولي: ويقْرُبُ من هذه الصورة ما إذا قالت: طلِّقْني وأضْمَنُ لك ألفاً، ولو قالت: وأعطيك ألفاً، فالأظهر أنه إذا قال طلقها مطلقاً، يقع رجعيًّا؛ لأن لفظ الضمان يُشْعِر بالالتزام، والإعطاءُ بخلافه، ولم يطَّرِد الوجه المذكور ها هنا في الجعالة، بل لو قال: رُدَّ عبدي ولك عليَّ كذا، فرَدَّ لزم المالُ بلا خلاف، ولو قال المشتري: بِعْنِي هذا ولك عليَّ كذا، فقال بِعْتُ، ففي انعقاد البيع وجهان:

---

(١) قال في المهمات: هذا منقول صرح به الخوارزمي في «الكافي» فنقل في المسألة وجهين وجزم به المصنف في آخر الباب الخامس من الخلع نقلاً عن القاضي الحسين. وقال الشيخ البلقيني: الذي أقوله إن الزوج إن كان جاهلاً بحيث يظن الصحة فالأمر كما قال القاضي، وإن كان عالماً ببطلان تعليق البراءة فطلاقه يظهر أنه لم يطمع به في مال ولا شيء له ويقع الطلاق رجعياً ولذلك أنظار في الباب.

قال في الخادم: من أعيان المسائل المهمة أن يكون الالتماس من جهة الزوج كما إذا قال إن أبرأتني من صداقك فأنتِ طالقٌ فأبرأته وهما يعلمان ولم يتعرض الرافعي لها في هذا الباب، وإنما ذكرها في أواخر التعليقات من الطلاق فقال: وفي فتاويه أنه يقع رجعياً وأن القاضي قال في تعليقه أنه يقع بائناً. قال ـ أعني صاحب الخادم: وهذا كله إذا كانت تعلم الصداق وهي جائزة التصرف في أمرها أما إذا كانا يجهلان مقدار الصداق فظن كثير من الناس أنها إذا أبرأته تطلق ويرجع إلى مهر المثل؛ لأنه خلع بمجهول وهنا غلط؛ لأن المجاهيل التي يرجع فيها إلى البدل هي إذا عقد الخلع بها أما إذا وقع في التعليق كما إذا قال إن إبرأتني من كذا وهو مجهول لم يقع الطلاق تغليباً لشائبة التعليق فلم توجد الصفة فلا يقع طلاق، وهذه قاعدة عظيمة التعليقات وإنما خرجوا عنه في مسألة واحدة وهي ما لو قال إن أعطيتني عبداً فأنتِ طالقٌ فتطلق بأي عبد دفعته فأجروه مجرى العقود مع أنه تعليق.

ثم قال بعد ذلك: وفي «الكافي» لو قال إن إبرأتني عن الصداق ونفقة العدة فأنتِ طالقٌ، فأبرأته عنهما قال القفال: لا يقع شيء؛ لأنه علق الطلاق بصفتين جائزاً عن الصداق وعن نفقة العدة وهي غير واجبة فلا يصح الإبراء عنها، ومتى فاتت إحدى الصفتين لا يقع شيء.

وهذا الفرع الأخير ذكره الأذرعي في القوت نقلاً عن القفال، ونقله غيره عن القاضي حسين.

أحدهما: ينعقد كالخلع والجعالة، وهذا هو الجواب في «فتاوى القَفَّال».

والثاني: المنع لأنه يحتمل فيهما ما لا يحتمل في البيع؛ ألا ترى أن التَّعْليقَ لا يقدح فيهما، ويقدح في البَيْع، وفيما علق عن الإمام أن هذا أصح، ويشبه أن يكون الوجهان في أنه هل هو صريح، فأما كونه كناية فلا ينبغي أن يكون فيه خلاف.

ومنها: إذا قالت طلِّقْني على ألف، أو أتت بصيغة أخرى صريحة في الالتزام، فإن أجابها، وأعاد ذِكْرَ المال، فذاك وإن اقتصر على قوله: طلَّقْتُكِ كفى ذلك، وانصرف الجواب إلى السؤال كما إذا قال البائع: بعْتُ بكذا، فقال: اشتريت، واقتصر عليه يكفي، وفي «أمالي» الشيخ أبي الفَرَج وجْه: أنه إذا لم يعد المال لم يلزم المال، ووقع الطلاق رجعيًّا، والظاهر الأول.

ولو قال: قصَدتُ الابتداءَ دون الجواب قُبِلَ، ويكون الطلاق رجعيًّا، فإن اتهمته في ذلك حَلَف.

وأما قوله: «ولو قيل له: أطَلَّقْتَ زوجتك فقال: نعم، فهو متعين للجواب»، فهذه الصور مذكورةٌ في أواخر «كتاب الطلاق» وقد تبيَّن هناك أنَّه يكون ذلك إقراراً بالطَّلاق، ويكون إنشاء، والغرضُ ها هنا شيْءٌ واحدٌ؛ وهو أنه لو قال: لم أقْصِدِ الجواب بقولي «نعم»، لم يقبل، بخلاف ما نحن فيه، وفرق بينهما بأن قوله «نعم» لا يستقل ولا يفيد بنفسه، وقوله «طَلَّقْتُكِ» كلامٌ مفيد في نفسه يصلح للابتداء كما يصلح للجواب.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَلَوْ قَالَتْ: أَبِنّي فَقَالَ: أَبَنْتُكِ فَإِنْ نَوَيَا نَفَذَ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِيَا أَوْ لَمْ يَنْوِ الزَّوْجُ لَغَا، وَإِنْ نَوَى دُونَهَا نُظِرَ، فَإِنْ ذَكَرَا المَالَ لَمْ يَنْفُذْ لأَنَّهَا لَمْ تَلْتَزِمْ، وَإِنْ لَمْ يَذْكُرَا نَفَذَ رَجْعِيّاً، وَإِنْ ذَكَرَ المَالَ دُونَهَا لَمْ يَقَعِ الطَّلاَقُ، وَإِنْ ذَكَرَتْ فِي الْتِمَاسِهَا فَقَالَتْ: أَبِنّي بِأَلْفٍ فَقَالَ: أَبَنْتُكِ فَهُوَ كَمَا إِذَا ذُكِرَا جَمِيعاً إِلاَّ أَنْ يَقُولَ: قَصَدتُ الابْتِدَاءَ دُونَ الجَوَابِ، وَلَوْ قَالَتْ: أَبِنّي فَقَالَ: أَبَنْتُ مِنْ غَيرِ ذِكْرِ مَالٍ مَعَ نِيَّتِهِ وَقَعَ الطَّلاَقُ رَجْعِيّاً وَلَمْ يَثْبُتِ المَالُ بِخِلاَفِ لَفْظِ الخُلْعِ فَإِنَّه يُنْبِيءُ عَنِ المَالِ فَيَقْتَضِيهِ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ**.

قال الرافعي: اللفظ الدائِرُ بَيْن الزوجين سؤالاً من جانب الزوجة، وإجابة من جانب الزوج، إما أن يكون صريحاً من الجانبين، أو كناية من الجانبين، أو صريحاً من أحدهما كناية من الآخر فإن كان كناية من الجانبين، كما إذا قالَتْ: أبِنِّي، أو بِنِّي أو أبرِئْنِي أو بَارِئْنِي، فقال: أبنتك أو بنتك، فإن نَوَيَا الطلاق، نَفَذَ، ولزم المال إن ذَكَر مالاً، وإن لم ينويَا أو لم ينوِ الزوج، فلا فرقة، وإن نوى الزوج دونها، فيُنْظَرُ، إن جَرَىٰ ذكر المال في السؤال والجواب، لم يقع الطلاق؛ لأنه ربط الطلاق بالمال، وهي لم تسأل الفراق، ولم تلتزم المال في مقابلته، وإن لم يجر ذكْرُ المال في الطرفين، وَقَعَ

الطلاق رجعيًا، وإن ذكر الزوجُ المالَ، ولم تذكر المرأة، لم يقَع الطلاق؛ لأنها لم تسألْ [فيها] فراقاً، والزوج أنشأ فراقاً على مال لم يتصل به القَبُول، وإن ذكَرَتْ هي المالَ، فقالت: أبِنّي على ألْفٍ، فقال: أبنتُكِ، فوجهان:

أحدهما: أنّه لا يقع الطلاق؛ لأن كلامه جوابٌ عن سؤالها، فيعود المال في الجواب، ولم يوجد منها القَبُول، فصار كما إذا ذكِرَا جميعاً.

والثاني: أنّه يقع الطلاق رجعيًا، ويحمل على ابتداء الخِطَاب منه، ونظم «التهذيب» يقتضي ترجيح الوجه الثاني، لكنّ الإمام ذَكَر، أن الأصحّ هو الأول، ويحكى عن القاضي الحُسَيْن مثْلُه، وهو المذكور في الكتاب الموافق للوَجْه المشهور فيما إذا قالت: طلِّقْني بألف، فقال: طلَّقتُ، واقتصر عليه، ولا شكَّ أنه لو قال الزوج: قصدت الابتداء دون الجواب، يقبل، ويَقَع الطلاق رجعيًا، واعلم أن قوله في الكتاب في ابتداء المسألة «فَإِنْ نَوَيَا نَفَذَ» يعني أصل الطلاق، ثم إن ذكر مالٌ، وجب المال والطلاقُ بائنٌ على ما سبق، وإن لم يُذكَرْ مال فالطلاق رجعيٌّ، وهو المراد من قوله آخِراً «ولو قالت: أبِنّي فقال: أبنتك» إلى آخره، والمراد ما إذا نوى الزوج الطلاقَ مع نيتها أو دون نيتها، وقوله: «مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ مالٍ مع نيته» لفظ النية لا حاجة إليه؛ فإن النية المجردة لا أثر لها في المال، ومطلق لفظ الإبانة لا يقتضي بخلاف لفظ الخُلْع، حيث قلنا: إنّه يقتضي المال [وإن][1] جرى من غير ذكر مال على أحَد الوَجْهَيْن؛ لأن ذاك مأخوذ من العرف والاستعمال الشائع من لفظِ الخُلْع، ولَفْظُ «الإبانةِ» لا يختص في العُرْف بما إذا كان هناك مالٌ، هذا إذا كان اللفظُ المستعملُ في الجانبين كناية، وإن كان صريحاً في أحد الجانبين، كنايةً في الآخر، فالكنايةُ مع النية كالصريح، ودون النية لغْوٌ لا عبرة بها، فإذا قالت: أبِنّي على كذا ونوت فقال: طلقتُكِ أو قالت: طلِّقْنِي بكذا، فقال: أبنتك، ونوى، فالحُكْمُ كما لو كان المستعمل من الجانبين صريحَ الطلاق، هذا هو الظاهر.

وعن ابن خيران: أنّها إذا قالت: طَلِّقْني، فقال: أبَنْتُكِ، ونوى، لم يقع؛ لأن الصريح آكَدُ، وأقوى فالمأتي به غير المسؤول[2].

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الفَصْلُ الثَّانِي فِي الْتِمَاسِهَا طَلاَقاً مُقَيَّداً بِعَدَدٍ): وَفِيهِ صُوَرٌ، فَلَوْ قَالَتْ: طَلِّقْنِي ثَلاثاً بِأَلْفٍ فَطَلَّقَ وَاحِدَةً اسْتَحَقَّ ثُلُثَ الأَلْفِ بِخِلاَفِ جَانِبِهِ، فَإِنْ لَمْ يَبْقَ عَلَيْهِ إِلاَّ طَلْقَةٌ وَطَلَّقَ الآخِرَةَ اسْتَحَقَّ (ز) تَمَامَ الأَلْفِ، وَإِنْ بَقِيَتْ طَلْقَتَانِ اسْتَحَقَّ بِالوَاحِدِ ثُلُثَ الأَلْفِ، فَإِنْ أَوْقَعَهُمَا اسْتَحَقَّ الجَمِيعَ لأَنَّهُ أَفَادَ البَيْنُونَةَ الكُبْرَى، وَلَوْ قَالَتْ: طَلِّقْنِي

(١) سقط في ز.
(٢) في ز: المستدعي.

عَشْراً بِأَلْفٍ ٱسْتَحَقَّ بِالوَاحِدَةِ عُشْرَ الأَلْفِ وَبِالثِّنْتَيْنِ خُمْسَهُ وَبِالثَّلاثِ الجَمِيعَ.

قال الرَّافِعِيُّ: إحدى صُوَر الفَصْل، لو قالت لزوجها: طَلِّقْنِي ثلاثاً بألف، أو على ألف، فطلَّقَها واحدةً، فقد سبق في الفصل المبين لِمَا في الخُلْع من الشوائب؛ أنَّه يقع ويستحق ثُلُث الألف، وأن الشيخ أبا عَلِيٍّ حكى وجْهاً ضعيفاً أنه لا يقع بتلك الواحدة، ويُحْكَىٰ أن أحمد ـ رحمه الله ـ ذهب إليه، وكذلك أبو حنيفة في قولها: عَلَى أَلْفٍ، وساعَدَنا في قولها بالألْفِ، ويجوز أن يُعَلَّمَ قوله ها هنا: ٱسْتَحَقَّ «ثُلُثَ الأَلْفِ» بالواو وبالألِفِ؛ لأنه إذا لم يقع شيء من الطلاق لا يستحق شيئاً من المال، وأيضاً فقد حكى الحناطي، وجْهاً ثالثاً: أنه يرْجِع عليها بمهر المثْل، ورابعاً: أنه يرجع بثُلُث مهر المثل، وظاهر المذهب الأولُ، ويخالف جانب الزوج فإنه إذا قال: أنتِ طالقٌ ثلاثاً على ألْف، فقالت: قبِلْتُ واحدةً، لا تقع الواحدة بثُلُث الألف، ولو قال: إن أعطيتِنِي ألْفاً فأنتِ طالقٌ ثلاثاً، فأعطَتْ ثلث الألف، لا تطلق واحدةً، وذلك لأن الخُلْعَ من جانبه فيه معنى المعاوضة، والتعليق وفي شرط المعاوضة أن يوافق الإِيجاب القبول، ومن شرط الوقوع بالتعليق حُصُولُ الصفة المعلَّق عليها، ولم يتحققْ واحد من الشرطين، وأما من جانب المرأة الخُلْع مشبه بالجَعَالة على ما قدمناه، ولو قالت: طلِّقْنِي ثلاثاً، ولك ألْفٌ، أو إن طلقْتَنِي ثلاثاً، فلك ألْفٌ، فهو كقولها: طَلِّقني ثلاثاً على ألف، حتى إذا طَلَّقَ واحدةً يستحق ثلُث الألف خلافاً لأحْمَدَ ـ رحمه الله ـ، ويجيء فيه الأوجه المذكورة من قَبْلُ.

وعن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أنه لا يقع شَيْءٌ من الطلاق ولا يستحق شيئاً من المال في قوْلها: إن طلَّقْتَني ثلاثاً فلك ألف، حتى تُطَلِّقَ الثلاثة، وقولها: طَلِّقْني ولك كذا، صيغةُ التزام عنده، حتى لا يستحقّ شَيْئاً وإن طلقها ثلاثاً على ما سَبَقَ.

ولو طلَّقَها في هذه الصورة طلقتين، استحق ثلثي الألف على الظاهر، وإن طلَّقَها طلقةً ونصفاً، فيستحق ثلثي الألف؛ لأنَّه أوقع طلقتين أو نصْف الألف؛ لأن ما أوقعه نصفُ الثلاث الألف والتكميل حكم الشرع.

حكى صاحب «المهذب» فيه[1] وجهَيْنِ، ولو قالت: طلِّقْني ثلاثاً بألف، وهو لا يملك إلاَّ طلقةً، فطلقها تلك الواحدةَ، فقد نص في المختصر على أنَّه يستحقُّ تمام الألف؛ لأنه حصل بتلك الطلْقة مقصودَ الثلاث، وهو الحُرْمة الكبرى، وقال المزني معترِضاً: ينبغي أن لا يستحقّ إلاَّ ثلث الألف توزيعاً للمسمى على العدد المسؤول، كما لو كان يملك الثلاث، فطلَّق واحدةً، والحرمة لا تثبت بتلك الطلقة وإنما ثبتت بها، وبما قبلها، فيكون حكمها حُكْمَ الأولى والثانية، وهذا كما أن الشافعيَّ قال: السكر لا

---

(١) قال النووي: الثاني أرجح.

يحصُلُ بالقَدْح الأخيرِ، بل به، وبما قبله، فيكون حُكْم ما قبله في التحريم حكْمَه، كما قال فَقْء عين الأعور لا يوجب إلاَّ نصف الدية؛ لأن العمى لا يحصل بهذا الفَقْء وحده، بل به وبما قبله، واختلف الأصحاب في ذلك؛ فعن أبي إسحاق وابن سُرَيْج أنَّهما توسَّطَا، فقالا: إن كانت المرأة عالمةً بأنَّه لم ينوِ إلاَّ واحدةً استحق تمام الألف، وهو المراد من النص؛ لأنَّها إذا علمت الحال، لا تبذل الألف إلا في مقابلة تلك الواحدة، ويكون غرضها تحقيقَ الحُرْمة الكبرى، وتعني بقولها: طلِّقْني ثلاثاً كمل لي الثلاَث، فأما إذا لم تعلَمْ فإنما تبذل الألف في مقابلة الثلاث، فوجب أن يتوزع كما قاله المزنيُّ، وأخذ بظاهر النص آخذون منهم أبو الطيِّب بنُ سلمة، وقالوا: لا فرق بين أن تكون عالمةً أو جاهلةً، والزَّوْج يستحق تمام الألف في الحالين؛ لأن الواحدة والصورة هذه كالثلاث إذا كانت مملوكةً له، وأبطلوا التنزيل المذكورَ بأنه نصَّ في «الأم» فيما إذا قالت: طلِّقْني ثلاثاً بألف، وهو لا يملك إلاَّ طلقَتيْن، على أنه إن طلَّقَها واحدةً يستحق ثُلُثَ الألف، وإن طلقها ثنتين[1] يستحق الكلَّ، وهي إما عالمةٌ أو جاهلةٌ، إن كانت عالمةً وجب أن يستحق بالواحدة نصف الألف؛ لأنها بَذَلَتِ المال في مقابلة الطلقتين، وإن كانت جاهلةً لا يستحق بطلقتين إلاَّ ثلثي الألف، فظهر أنه لا فرق عنده بين العلْم والجَهْل، واعتذر هؤلاء عما احتج به المزنيُّ بأن العقل يستتر على التدريج، فكل قَدْح يزيل شيئاً من التمييز، وزوال البصر، كما أثر فيه الفقْء أثَّرَ فيه ما قبله فالحرمة الموصوفة بأنها كُبْرَى لا يثبت شيء منها بالطلقتين الأوليين، وقد يقال: المراد من الحُرْمَة الكبرى، تَوَقُّف الحل على أن تنكح زوجاً آخر، وهذه خطَّة واحدة؛ حتى يتأثر بعضها بالطلقة الثالثة، وبعضها بما قبلها، وجرى بعضهم على ما أطلقه المزني وقالوا: الواجبُ الثلثُ، علمت المرأة بما بقي من الطلاق، أو لم تعلَمْ، ويُرْوَىٰ ذلك عن ابن خَيْران، وأوَّلَ هؤلاء النصَّ من وجهين:

أحدهما: عن ابن خيران صورة النص ما إذا قالت: تملك عليَّ ثلاث طلقات فطلقني الثلاث بألف وقال الزوج: كنتُ قد طلقتُكِ، ولا أملك الآن إلاَّ واحدةً، فقالتْ: طَلِّقْني ثلاثاً؛ ليزول الإشكال، ففعل، فله الألْف؛ لأن عندها أنَّه أوقع الثلاث، وقوله: يطلقها واحدة يريد عقد الزوج؛ لأن الثنتين[2] لا يقعان بزَعْمه.

والثاني: حكى الحناطي عن ابن خَيْران والإصطخرِي أن نصَّه على تَمَام وجُوب الألف مبنيٌّ على أن الخُلْع فسْخٌ، وهذا الكلام غير مخمَّر[3]؛ فإن الخلاف في أن الفراق على مال فسْخٌ أو طلاقٌ، موضِعُه ما إذا لم يجر بينهما لفظُ الطلاق، وإنما جَرَى

(١) في ز: اثنتين.
(٢) في ز: الاثنين.
(٣) في ز: مخمد.

لفظ الخُلْع ونحوه، وها هنا المسؤولُ الطلاقُ، والجوابُ الطلاقُ، وبتقدير أن يكون ها هُنَا خلافٌ؛ فلعلَّ التقريب أن الفسخ رفع العقد بالطلقة الواحدة، يرتفع كما لو تلفظ بالثَّلاث، وبتقدير أن يكون التقريبُ هذا، فقضيته أن يقال: لو سألَتْه الثلاثَ بألْف، وهو يمْلِكُها فطُلِّقَتْ واحدةً أو اثنتين، وتستحق الألف أيضاً، فقد حصَلَ ممَّا ذكرنا في المسألة ثلاثةُ أوجه أو ثلاثة أقوال منْصُوصٌ ومخرجات.

أظهرها: على ما ذكر القفَّال والشيخ أبو علي وأكابر الأئمة ـ رحمهم الله ـ وجُوبُ جميع الألْف على ما نص عليه سواء علمت أنه لم يبق من الطلاق إلا طلقة أو جهلت وظنت بقاء الثلاث.

والثاني: وجوب ما يقتضيه التوزيع في الحالتين.

والثالث: الفَرْق بيْن أن تعلم أو تجهل، وهو اختيار القاضي الرُّوياني، ونقل الحناطي وجهاً رابعاً وهو أن المسمَّىٰ يبطل ويرجع الزوج إلى مهْر المثل، وحكي هذا عن صاحب التلخيص وخامساً وهو أنَّه لا شيء له؛ لأنَّه لم يطلق كما سألت، ولو سألت الثلاث [على ما] صوَّرنا، وهو لا يملك إلاَّ طلقتين، فطلقها واحدة، فلَه ثلُث الألف على النص والتخريج الذي ذكَره المُزنيُّ، وعلى الوجْه الفارق إن جهلت، فكذلك، وإن علمت فله النصْفُ توزيعاً على الطلقتين، وإن طلَّقَها الطلقتين فعلى النصِّ يستحق جميع الألْف، وعلى ما قال المزنيُّ، يستحق ثُلُثَي الألْف، وعلى الوجْه الفارق يستحق الجميع، إن علمت والثلثين إن جهلت، وزاد الحناطي وجهاً رابعاً: وهو الرجوع إلى مَهْر المثل.

وسادساً: وهو أن له ثُلُثَيْ مَهْر المِثْل، ولو قالَتْ: طلِّقْني عَشراً بألْف، والصورة من مولدات ابن الحداد، فيُنْظَر؛ إن كان يملك عليها ثلاثَ طلقات، فعلى قياس النَّصِّ يستحق بالواحدة عُشْر الألف، وبالثنتين عشرَيْه، وهما الخمس، وبالثلاث الجميعَ، وهذا هو الأشهر، وبه أجاب ابن الحَدَّاد، وفي «المهذب» وجه آخر؛ أن التوزيع على الثلاث، والزيادة لغو فالمستحق بالواحدة الثلث، وبالثنتين الثلثان، وهذا كالخلاف، فيما إذا قال: أنتِ طالقٌ خمساً إلاَّ اثنتين ينصرف الاستثناء إلى العدد المذكور أم العدد الشرعيّ، وهو الثلاث، وطرد الوجهين على قياس تخريج المزنيِّ، فعلى الأشهر تستحق بالثلاث ثلاثة أعشار الألف.

وعلى الثاني تستحق الجميع توزيعاً على العَدَد الشرعي، وهو الثلاث، ومن فرَّق بين العلْم والجهْل قال: يستحق بالثلاث الجميع والواحدة الثلث، وبالاثنين الثلثين لحصول العلم؛ بأن الطلاق لا يزيد على الثلاث، وأن [التلفظ] بالزيادة لغْوٌ، فإن ظنَّت أنّه يملك عَشْراً، بأن كانت حديثة العَهْد بالإِسلام، فالقياس عود الوجهَيْن، في أنه

يجب ثلاثة أعشار الألف، أو[1] الجميع؟ ولو لم يَمْلِك الزوج في صورة سؤال العَشَرَةِ إلاَّ طلقتين، فعلى قياس النص إن طلَّقَها واحدةً، فله عُشْر الألف، والثلث وإن طلَّقها طلقتين، فله تمام الألف، وعلى قياس المزنيِّ المستحقُّ العشر أو العشران على الأظهر، والثلث أو الثلثان على الوجه الآخر، وعلى الوجه الفارق إنْ علمَتْ فالمستحَقُّ بالواحدة [النصف]، وبالثنتين الكل، وإن ظنت أنه يملك الثلاث، فالمستحَقُّ بالواحدة الثلُثُ، والاثنين الثلثان] قال الأئمة ـ رحمهم الله ـ: والضابط على النصِّ العددُ، المسؤول إن ملك الزَّوْج كلَّه، وأجابها، فله [المال] المسمَّى، وإن أجابها إلى بعْضه، فله قسْطه بالتوزيع، وإن كان يمْلك بعض المسؤول، فإن تلفظ بالمسؤول أو حصل مقصودُها بما أوقع، استحق المسمى، وإلاَّ وزع على العَدَد المسؤول على الأشْهر، وعلى قول المزني استحق ما يقتضيه التوزيع على المسؤول أبداً، وكذا الحُكْم على الوَجْه الفارق في حالة الجَهْل، وفي حالة العلْم التوزيع على المملوك من الطلاق دون المسؤول، فلو كان يملك ثلاث طَلَقَات، فقالَتْ له: طلِّقْني ستًّا بألف، فعلى النصِّ والتخريج استحق بالواحدة السدس، وبالثنتين الثُّلُث، فإن طلقها ثلاثاً استحق الجميع على النَّصِّ، والنصْف على تخريج المزنيِّ، فأما على الوجه الفارق فله بالواحدة الثُّلُث وبالثنتين الثلثان، وبالثلاث الجميع وقس على هذا.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَلَوْ قَالَتْ: طَلِّقْنِي ثَلاثاً بِأَلْفٍ فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً بِأَلْفٍ وَثِنْتَيْنِ مَجّاناً فَالمَشْهُورُ أَنَّهُ يَقَعُ الأُولَى بِثُلُثِ الأَلْفِ وَالثِّنْتَانِ لاَ يَقَعَانِ لأَنَّهَا بَائِنَةٌ، وَالقِيَاسُ أَنَّ الأُولَى لاَ تَقَعُ لأَنَّهُ مَا رَضِيَ بِهَا إِلاَّ بِالأَلْفِ وَهِيَ مَا قَبِلَتْ إِلاَّ بِثُلُثِ الأَلْفِ وَالثِّنْتَانِ بَعْدَهَا تَقَعَانِ رَجْعِيَّتَيْنِ، وَلَوْ قَالَ فِي الجَوَابِ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً مَجّاناً وَاثْنَتَيْنِ بِثُلُثَي الأَلْفِ وَقَعَتْ وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً وَابْتُنِيَ الثِّنْتَانِ عَلَى مُخَالَعَةِ الرَّجْعِيَّةِ، فَإِنْ جَوَّزْنَا نَفَّذْنَا بِثُلُثَي الأَلْفِ وَإِلاَّ وَقَعَتَا بِغَيْرِ مَالٍ كَمُخَالَعَةِ السَّفِيهَةِ.

قال الرَّافِعِيُّ: الصورة الأولى: إذا قالت: طلِّقني ثلاثاً بألْف، فقال، وهو يملك عليها ثلاث طلقات: أنتِ طالقٌ واحدةً بألف، وثنتين مجاناً؛ فالذي نقله الفوراني وحُكِيَ عن رواية القاضي الحُسَيْن والصيدلاني وغيرهما أن الأولَىٰ تقع بثلث الألف؛ لأنها لم ترض بواحدة إلا بثلث الألف؛ حيث سألت الثلاث بالألف، فلا مزيد عليه، كما في نظيره في الجَعَالة، ولا تقع الأخريات؛ لأنها بانت بالواحدة.

---

(١) في ز: و.

والثانية: لا يلحَقُها الطلاقُ، وقال الإمام: القياس الحقُّ أن لا يجعل كلامه جواباً عن سؤالها؛ لأنها سألت كل واحدةٍ بثُلُث الألف، وهو لم يرض إلاَّ بألف وإذا لم يوافقْ كلامُه سؤالها؛ كان مبتدئاً بما قال، فإذا تقبل، لم وجب ألاَّ يقع كما إذا قالت: طلِّقني واحدة بثلث الألفِ، فقال: طلَّقْتُكِ واحدة بالألف، لا ينفَذُ، وإذا لم تقعْ تلك الواحدة، وقعت الأخريان رجعتين، وتابَعَهُ صاحب الكتاب وغيره، وهو حسن متوجِّه، والأول بعيدٌ، وأبعد منه ما في «التهذيب» أنه تقع الواحدة بالألف، ولا تقع الأخريان، ويشبه أن يكون ما في «التهذيب» غلطاً من ناسخ أو غيره، ولو قال، وقد سألَته الثلاثَ: طلقتُكِ واحدةً بثُلُث الألف، وثنتين مجاناً، فقد وافق كلامُه ما اقتضاه السؤالُ من التوزيع، وزال الإشكال فَتَبِينُ بالأولى ولا تقع الأخريان، ورواية الأئمة إن أمكن تأويلُها على هذه الصُّورة فليفعل، ولو قال: طلقتُك اثنتين، بألْف وواحدةً مجاناً، فعلى الأول تقع الثنتان بثُلثَي الألف، وعلى الثاني، لا تقعان، ولو قال في الجواب: أنت طالق واحدةً مجاناً واثنتين بثلثَي الألف، أو اثنتين مجاناً وواحدةً بثلثه الألف، وقع ما أوقَعَه مجَّاناً، ويبنى ما بعده على مخالعة الرجْعيّة إن كان مدخولاً بها، وفيه قولان:

إن صححناها: وهو الجديد؛ وقعت الثنتان بثلثَي الألْف، وإن لم نصححْها وقَعَتا بلا عوض، لما مَرَّ أن مخالعة الرجعية على هذا القول، كمخالعة السفيه؛ وقد يترتب، فيقال: هذه الصورة أولى بالصحة من مخالعة الرجعية؛ لأن سؤالها واقعٌ في صُلْب النكاح، وهناك الشقان واقعان جميعاً بَعْد الفُرْقة ولك أن تحتج بالمسألة على أن تخَلُّل الكلام اليسير بين الخِطَابِ والجواب لا يضر؛ لأن الطلاق الذي أوقعه مجَّاناً كلامٌ تخَلَّل بين سؤالها وجوابه، وإن لم تكن المرأةُ مدخولاً بها، فتَبِينُ بما أوقع مجَّاناً، ويلغو ما بعده، ولو قال في الجواب: أنتِ طالقٌ واحدةً مجَّاناً، واثنتين بالألْفِ ولم يقُلْ: بثلثي الألف ففي «التهذيب» إنْ كان ذلك بعد الدخول تقع الأولى مجاناً، والثنتان بثلثي الألف، ولا نقول: يستحق الكُلَّ، وإن حصل مقصودُها؛ لأن ذلك إنما يكون إذا وقَع المملوك من الطلاق في مقابَلَة المال، وها هنا أوقَعَ بَعْضَ المملوك مجَّاناً واعلم أن الإشكال الذي ذكَره الإمَامُ في الصورة المتقدِّمة عائدٌ ها هنا؛ لأنها لم ترضَ بالطلقتين، إلاَّ بثلثي الألف وهو أوقعهما بألف، فوجَبَ أن يجعل كلامه مبتدأً، وإذا كان مبتدأً ولم يتصل به القَبُول، وجب أن يلغو، وفي «التهذيب» أيضاً، أنه لو قال في الجواب: أنتِ طالقٌ ثلاثاً، واحدةً بألف، تقع الثلاث، ويستحق ثلث الألف؛ لأنه تطوَّع، بطلقتين، ويعود فيه الإشكال [والله تعالى أعلم].

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَلَوْ قَالَتْ: طَلِّقْنِي وَاحِدَةً بِأَلْفٍ فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاَثاً اَسْتَحَقَّ تَمَامَ

الألْفِ؛ لأَنَّهُ أَجَابَ وَزَادَ، فَلَوْ ذَكَرَ المَالَ فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاثاً بِأَلْفٍ فَهُوَ كَمَا إِذَا لَمْ يَذْكُرْ، وَقِيلَ: إِنَّ هَذَا صَرِيحٌ فِي التَّوْزِيعِ وَمُقَابَلَةِ كُلِّ طَلْقَةٍ بِثُلُثِ الأَلْفِ فَلاَ يَقَعُ شَيْءٌ، لِأَنَّهُ خَالَفَ الالْتِمَاسَ، وَقِيلَ: إِنَّ الأَوْلَى يَقَعُ فَقَطْ لأَنَّهَا ٱلْتَمَسَتْ بِأَلْفٍ وَأَجَابَهَا بِثُلُثِ الأَلْفِ فَقَدْ أَحْسَنَ، وَيَلْزَمُ مِنْ هَذَا أَنْ يَقُولَ: بِعْنِي بِأَلْفٍ فَيَقُولُ: بِعْتُكَ بِخَمْسِمِائَةٍ أَنَّهُ يَصِحُّ وَذَلِكَ بَعِيدٌ.

قال الرّافِعِيُّ: الصورة الثالثة: قالت: طلِّقْنِي واحدةً بألف، فقال: أنتِ طالقٌ ثلاثاً، استحق تمام الألف، وعن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ [أنه] لا يستحقُّ شيئاً، واحتج الأصحاب بوجهين:

أحدهما: أنه أجاب إلى الطلقة المسؤولة، وزاد من عنده طلقتين، فيستحق الملْتَزَم، كما إذا قال: رُدَّ عبدي بكذا، فردَّه مع عبدين آخرين، يستحق المالَ، ويخالفه لو قال: بِعْنِي هذا العبد بألْف، فقال، بعتكه مع هذين العبدين الآخرين بألف، فالظاهر بطلان البيع، والفرق أن البيع معاوضة محضةٌ والخُلْع شبيه بالجعالة، فيحتمل فيه ما لا يحتمل في البَيْع على ما تقدَّم، وأيضاً، فتمليكه العبدين الآخرين من غير رضاه، وتملكه لا سبيل إليه، وإيقاع الطلقتَيْن الآخرين يستقل به الزَّوْج، وحكى الحناطي وغيره وجهَيْن آخرين:

أحدهما: صحة البيع في الجميع.

والثاني: صحته في العَبْد المسؤول بيعُهُ خاصَّةً.

والوجه الثاني: أنها سألته البينونة بألْف، وإذا طلَّقَها ثلاثاً، فقد أبانَها أغلظ البينونَتَيْنِ، ثم الألْفُ المستحَقُّ يكون في مقابلة الثلث، أو في مقابلة واحدة منها، حُكِيَ فيه اختلاف للأصحاب ولا تتعلق به فائدة حكمية[1]، وظاهر النص الثاني، ولو أعاد في

---

(١) قال في المهمات: بل له فوائد:

منها: إذا وكل وكيلاً في أن يطلق زوجته طلقتين مجاناً وواحدة بما شاء من العوض فسألته طلقة على ألف فأوقع ثلاثاً، فإن جعلنا الألف في مقابلة الواحدة وقعت الثلاث؛ لأنه طلق على وفق الأذن، وإن جعلناها في مقابلة الثلاث وهو ظاهر النص فقد خص كل طلقة ثلث الألف وهو ممنوع من إيقاع طلقتين بعوض فلا يقعان. وأما الثالثة المأذون فيها بعوض فهي قد سألتها بألف، وأجابها بثلثها، والأصح فيه وقوع الطلاق وأنه يستحق المسمى بخلاف البيع فإن الصحيح فيه البطلان.

ومنها: لو أذنت لشخص في وفاء ما يخص الطلقة المولية أو ضمن ضامن ذلك عن المرأة أو أبرأ الزوج زوجته عنه قال الشيخ البلقيني رحمه الله: من آخر كلامهما في المسألة تؤخذ الفائدة وذلك أنا إذا قلنا إن الألف في مقابلة الواحدة فإذا صرح بما يخالف هذا بأن قال أنتِ طالقٌ ثلاثاً بألف=

الجواب ذِكْرَ الألف، فقال: طلقتك ثلاثاً بألف، ففيه أوجه:

أظهرها: أنَّ الحكم كما لو لم [يعد] حتى تقع الثلاث ويستحق الألْف؛ لما سبق.

والثاني: عن القَفَّال أنه تقع الثلاث، ولكن لا يستحق إلا ثُلُث الألف، جعل الألف في مقابلة الثلث، وهي لم تَسْأَل بالعوض إلاّ واحدةً، وحصَّةُ الواحدة ثُلُثُ الألف، وهذا الوجه غير مذكور في الكتاب.

والثالث: لم أرَ ذكره إلاّ في الكتاب أن إعادة الألْف تصريحٌ بالتوزيع، ومقابَلَة كل طلقة بثلث الألف، فلا يقع شيْء؛ لأن المَسْؤول طلقة بألف، والجواب لا يوافقه.

والرابع: أنه تقع واحدةً بثلث الألف، والأخريان لا تقعان، أما أنه تقع واحدةً؛ فلأنها سألت بألف، وأجاب بثلث الألف، فقد خفَّف وأحسن، وأمَّا أن الأخرتين لا تقعان؛ فلأنه أوقعهما بثلث الألف، ولم يتصل به القبول، وحق هذه الوجوه أن تطرد فيما إذا لم يُعِدْ ذِكْرَ الألف، وإن لم يذكروها هناكِ؛ لأن قوله أنتِ طالقٌ ثلاثاً، إما أن يكون جواباً عن سؤالها ويقدر الألف عائداً فيه أولا يكون كذلك، وإن كان الثاني، وَجَب أن يُطَلَّقَ ثلاثاً، ولا يلزم شيء من المال، وإن كان الأول، فأي فرق بين أن يذكره لفظاً أو لا يذكره، والمعنى واحد، ولو قالت: طلِّقْني واحدةً بألف، فقال: أنت طالق طلقتين، فقياس قولهم إنه أجاب إلى ما سألتْ، وزاد أن تقع الطلقتان، ويلزم الألْفُ.

وقال الإمام ـ رحمه الله ـ: إنه لم تحصلِ البينونة الكُبْرى؛ حتى نقول: إن المسؤول البينونةُ، وقد أجاب إليها بصفة أغلظ، والجواب مخالف للسؤال؛ لأنها سألت بألف طلقة، وأنه أوقع طلقةً بنصف الألف؛ فيتجه في هذه الصورة مذهب أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ، وهذا اعتماد على التوجيه الثاني في الصورة السابقة.

ولو قالت: طلقني بألف، فقال: طلقتُك، أو أنت طالق بخمسمائة، ففي وقوع الطَّلاَق وجهان:

= فقد ظهرت المخالفة لكلام الزوجة والمقتضي الإطلاق فتجيء الأوجه المذكورة، وإن قلنا: في مقابلة الثلاث بالتقدير فقد صرح بمقتضى الإطلاق في الصورة المجزوم بوقوع الطلاق فيها فيقع الثلاث بألف جزماً في صورة إعادة الألف في الجواب بالثلاث.

ويمكن أن نذكر فائدة أخرى وهو أن الاستحقاق للجميع هل هو مقابل للبينونة الكبرى أو لما ذكر ويظهر من ذلك العكس وهو ما لو طلبت ثلاثاً بألف فإن استحق الجميع وهو المنصوص وإن قلنا إن الجميع إنما هو مقابل لما ذكرت فلا يستحق إلا الثلث وهو رأي المزني.

فإن قلت: فظاهر النص هنا يخالف المنصوص هناك.

قلت: لا يلزم من البناء وظهور الفائدة الاتفاق في الترجيح.

أحدهما: لا يقع؛ لأن الجواب لم يوافق الخطاب، فأشبه ما إذا قال: أنت طالق بألف، فقبلت بخمسمائة لا يقع، وأصحهما: وبه أجاب ابن الحداد: أنَّه يقع، لأن الطَّلاَق إلى الرِّجَال، وهو قادر على الإِيقاع بغير عوض، فأَوْلَىٰ أن يقدِّر على الإِيقاع ببعض العوض المبذول، وعلى هذا ففيما يستحقه الزوج وجْهان:

الأَصَحُّ ـ وبه قال ابن الحداد ـ: أنَّه خمسمائة؛ لأنه رضي بهذا القدر، فيطلق عليه.

والثاني: جميع الألف، لأن الزوج لا يحتاج إلى قَبُول الألف بل يكفي أن يطلقها؛ ألا ترى أنه لو اقتصر على قَوله: أنت طالقٌ، كفى واستحق الألف، فيعمل ذلك ويلْغُو قوله: خمسمائة، وفي البيع لو قال الراغب بعني بألْفٍ، فقال: بعْتُكَ بخمسمائة، ذكر الشيخ أبو علي وغيره فيه احتمالين:

أحدهما: يَصِحُّ؛ لأنَّه زاد خَيْراً فصَارَ كما لو وكَّله بِشِراء عبْدِ فلانٍ بألف، فاشتراه الوكيل بخمسمائة.

وأظهرهما: المنع، لأنه معاوضة مضنة ويعتبر فيه من التوافق ما لا يعتبر في الطلاق، وكذلك لو قال: بعْنِي هؤلاء العبيدَ الثلاثة بألف، فقال: بعْتُكَ هذا الواحدَ بثُلُث الألف، لم يصحَّ، ولو قالت: طَلِّقْني على كذا درهماً، فطلقها على دنانيرَ كان مبتدئاً بكلامه، فيُنْظَر؛ أيتصل به قبول أم لا؟ وبمثله الجواب فيما إذا قالت: طلِّقْني بألفِ درهم، فقال: طلقتُكِ بألف دينار، ولو قالت: طلِّقْني واحدةً بألف، فقال: أنتِ طالِقٌ وطالِقٌ وطالِقٌ، روجِعَ، فإن قال: أردتُ مقابلة الأولى بالألف وقعَتْ، ولم تقع الآخريان، وإن قال بأردتُ الثانية، وقعت الأولى رجعيَّة، ويجيء في الثانية الخلافُ المذكور في مخالعة الرجعيَّة، فإن صحَّحناه، لغت الثالثةُ، وإن لم نصححها لم تلغُ، وإن قال: أردت الثالثة وقعت والأوليان بلا عِوَض، والثالثُ على الخِلاَف، وإن قال: أردتُ مقابلة الكل بالألف، وقعت الأولى بثلث الألْف، ولغت الأخريان، ولو لم يكُنْ له نية، قال صاحب «التهذيب» ـ رحمه الله ـ تبين بالأُولَىٰ بالألف؛ لأنه جواب لقولها، وتلغو الأخريان، وأورد الشيخ أبو إسحاق الشيرازي مثْلَ هذا التفصيل فيما إذا ابتدأ، فقال أنت طالق وطالق بألف وليشترط فيه مطابقة القبول للإيجاب ولو قال في جوابها أنت طالِقٌ وطالِقٌ، وطالِقٌ واحدةً بالألف، انقطع الاحتمال لمقابلة الكُلِّ بالألف والباقي كما ذَكَرنا، وهذا فيما إذا كانتِ المرأة مدخولاً بها، فإن لم تكنْ مدخولاً بها، وأراد أن تكون الألف في مقابلة غير الأولى، بَانَت الأولى، ولغا ما بَعْدها، ولو قالت لزوجها، وهو لا يملك إلاَّ طلقةً واحدةً: طلِّقْنِي طلقتَيْن بألْف، فقال: طلقْتُك اثنتين، الأُولى منْهُما بألف والثانية: مجَّاناً استحق الألف، وإن قال: الثانية منهما بألف وقعت الأولى بلا عوض، وتَلْغُو الثانية على التقديرين، وإن قال: إحداهما بألف أو اقتصر على قوله:

طلقْتُكِ اثنتين، روجع فيه، فإن قال: أردتُ الأولى والثانية، فعلى ما ذكرنا، وإن قال: لم أنوِ عند قولي: طلَّقْتُكِ اثنتين لا هذا ولا ذاك، ففي استحقاق المال وجهان:

أصحهما: ويُحْكَىٰ عن اختيار أبي إسحاق أنَّه يستحق، لأن الجواب طَابَقَ السؤال، فلا تقدَّر تجزئةً وتبعيضاً، ويكون ما وقع وقع مقابلاً بالعوض.

ولو أعاد ذكْرَ المال فقال: طلَّقْتُكِ اثنتين بألف، فيستحق خمسمائة أخذاً بالتوزيع، كما لو سألت طلقتين بألف، وهو يملكها، فطلَّقَهَا واحدةً، أو يستحق ألفاً بأن الحرمة الكبرى إذا حصَلَتْ لا يُنْظَر إلى التوزيع بَعْدها فيه وجهان:

أصحهما: على ما حُكِيَ عن الشيخ أبي عليٍّ.

والثاني: وبه قال أبو زيد ويُنْسَبُ الأول إلى صاحب «التلخيص».

ولو قالَتْ، ولم يبق للزوج عليها إلاَّ طلقةٌ: طلِّقني ثلاثاً بألف طلْقةً أحرم [عليك بها] في الحال وطلقتان يقعان إذا نكحتني بعد زوج آخر، أو يكونان في ذمتك تنجزهما حينئذٍ فطلَّقَها ثلاثاً وقعت الواحدةُ، ويلغو كلامِها في الأخريين؛ لأن تعليق الطلاق بالنكاح وإثْبَات الطلاق في الذِّمَّة باطلان، ثم النص في المختصر أن الزوج يرجع إلى مهر المثل، وللأصحاب طريقان فيه أظهرهما:

إن المسألة على الخِلاَف في تفريق الصَّفْقة للجمع فيما بين المملوك وغير المملوك، فإن قلْنَا بالبطلان فالعِوَض فاسدٌ، والرجوع إلى مهر المثل، وإن قلْنَا بالصحة فلها الخِيَار في العِوَض؛ لأن مقصودها قد تَبَعَّض عليها، فإن فسخت، فالرجوع إلى مَهْر المثل، وإن أجازت فتجيز بجَمِيع الألْف، أو بالثُّلُث منه؛ لأنه في مقابلة الطَّلَقَات الثلاثة، فيه قولان:

في أن المشتري يجيز بجميع الثمن، أو بالقِسْط، ومنهم من قَطَع ها هنا بأنها تجيز بالثلث، لأن المشتريَ بالفَسْخ يدفع العقد من كل وجه، والطلاق ها هنا لا مدفع، له فيبعد أن يلزمها للواحدة ما التزمته للثلاث.

والطريقُ الثاني: القطع على الرجوع إلى مهْر المثل؛ لأن المال واقع في مقابلة المَمْلُوك وغير المملوك من الطلاقِ، والتقسيطُ إنما يكون على عدد الطلاق، وغير المملوك لا يساوي المملوكَ، حتى يُوَزَّع على العَدَد، فيتعين الرجوع إلى مهْر المثل.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَلَوْ قَالَتْ: طَلِّقْنِي نِصْفَ طَلْقَةٍ بِأَلفٍ أَوْ طَلِّقْ نِصْفِي بِأَلْفٍ فَطَلَّقَ بَانَتْ وَعَلَيْهَا مَهْرُ المِثْلِ لِفَسَادِ صِيغَةِ المُعَاوَضَةِ، وَقِيلَ: عَلَيْهَا المُسَمَّىٰ.

قال الرَّافِعِيُّ: الرابعة: إذا قالت: طلقني نصف طلقة بألف، أو قالت: طلِّقْ نصفي

أو يَدِي أو رِجْلِي بألف، فأجابها إلى ما سألَتْ، فلا يخفى أن الطلاق يُكَمَّل ببعضه، وأن تطليق البعض تطليقُ الكل، وكذلك لو قال: ابتداء طلقتك نصْفُ طلقة، أو طلقت نصْفَك بألف، فقبِلَتْ، ولو تعاقدا بلفظ الخُلْع وبعَّضا، وقلنا: إن الخُلْع طَلاَقٌ فكذلك وقد مر أنا إن جعلناه فسخاً، لغى وإذا وقع الطلاق، فالظاهر الرجوع إلى مهْر المثل؛ لفساد صيغة المعاوضة؛ ألا ترى أنّه لو قال: بعْتُكَ هذا نصْفَ بيعة، أو بعْتُ من نصْفك، أو من يدك، لم يَصِحَّ البَيْعُ، فإذا فسَدَتِ الصيغة تعين الرجوع إلى مَهْر المثل، وإنما يجيء اختلاف القَوْل في أن الواجِبَ مهر المثل أو بدل المسمى، إذا كان الفَسَاد في المُسَمَّى وعَنْ حكاية الإمام، واختاره، وجه أنه يجب المسمى؛ لأنهما وإن خَصَّصا العوض بما لا يختص به فإن الشرع قد كمَّله، فلا يَبْعُد أن يَنزَّلَ ما كمَّله الشرع منزلة الكامل.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **(الفَصْلُ الثَّالِثُ فِي المُعَلَّقِ بِزَمَانٍ): وَفِيهِ صُوَرٌ، فَلَوْ قَالَتْ: طَلِّقْنِي غَداً وَلَكَ أَلْفٌ ٱسْتَحَقَّ الأَلْفَ مَهمَا طَلَّقَ إمّا فِي الغَدِ وَإمّا قَبْلَهُ، وَإنْ طَلَّقَ بَعْدَهُ نَفَذَ رَجْعياً لأَنَّهُ خَالَفَ، وَلَوْ قَالَتْ: لَكَ أَلْفٌ إنْ طَلَّقْتَنِي فِي جَمِيعِ هَذَا الشَّهرَ وَلَمْ تُؤَخِّرِ ٱسْتَحَقَّ الأَلْفَ إنْ وَافَقَ، بِخِلاَفِ مَا لَوْ قَالَتْ: مَتَى مَا طَلَّقْتَنِي فَلَكَ أَلْفٌ فَإنَّهُ لاَ يَسْتَحِقُّ إلاَّ بِطَلاَقٍ فِي المَجْلِسِ، لأَنَّ قَرِينَةَ العِوَضِ عَارِضُ عُمُومِ مَتَى مَا وَلاَ يُعَارِضُ صَرِيحَ التَّخْيِيرِ، وَقَدْ قِيلَ بِنَقْلِ الجَوَابِ مِنْ كُلِّ مَسْئَلَةٍ إلَى أُخْتِهَا.**

قال الرَّافِعِيُّ: إذا قالت طلِّقْني غَداً ولك عليَّ ألف، أو قالت: إن طلقتني غداً، فلَك عليَّ ألف، أو قالت: خُذْ هذا الألفَ على أن تطلقني غداً، فأخَذَه عليه، لم يصِحَّ، ولم يلزم الطلاق، لأنه سَلَمٌ في الطَّلاق، والطَّلاَقُ لا يثبت في الذِّمَّة، ثم إن طلقها في الغَدِ، أو قبل مجيئه وقع الطلاق بائناً، ولزم المال، أما في الغد، فلأنه حَصِلَ غرضُها، وأجابها إلى ما سألت، نعم لو قال: أردتُ الابتداءَ صُدِّقَ بيمينه، ومكن من الرجعة، وأما قَبْل مجيءِ الغَدِ، فلأنه إذا عجَّل فقد حصَل مقصودها، وزاد فأشبه ما إذا قالَتْ طلقني واحدةً بألف، فطلَّق ثلاثاً، وفي المال الذي يلزمه طريقان حكاهما القاضي أبو الطيِّب وغيره أحدهما عن أبي إسحاق وابن أبي هريرة ـ رحمهما الله ـ أن فيه قولين:

أحدهما: مَهْر المثل.

والثاني: المُسَمَّى كالقولين فيما إذا خَالَع على مغصوب ونحوه، في قول يلزم مهر المثل، وفي الثاني بدل المذكور.

والثاني: وبه قال الشيخ أبو حامد: أن اللازم مهْر المثل قولاً واحداً؛ لوجهين:

أحدهما: قال الإمام: هذا خُلْع على شرط المال في الحال، مع استنجاز الطلاق، ذلك على اختلاف مقتضى الخُلْع، فإنَّ مقتضاه ارتباطُ المال بالطلاق، فَجَاء

الفَسَاد من جهة الصيغة، وحينئذٍ فيتعين الرجُوع إلى مَهْر المثل، وإنما يجيء القولان، إذا كان الفَسَاد لمعنى في المسمى.

والثاني: أن هذا الخُلْعَ دخله شرط تأخير الطلاقِ المُثْبَت في الذمة، والشرط الداخلُ على العقْد يزَاد له العوض، أو ينقص، فإذا فَسَد، سقَط من العِوَض ما يقابله، وهو مجْهول، ويكون الباقي مجْهولاً، وفي المجهول يتعين الرُّجُوع إلى مهر المثل، والظاهر وجوب مهر المثل، وإن أثبتنا الخِلاَفَ، وهو المنصوص والمذكور في الكتاب، وقد يُوجَدُ في بعض نُسَخ الكتاب، «استحق الألف» بدل مهْر المثل، وكذلك في الصورة التي تجيءُ على الأثر، والصَّوابُ الأول، وكذلك ذَكَرَ في كتابيه «الوَسِيط» «والبسيط»، وهل يفرق بين أن يُسْعفها، وهو عالم ببطلان ما جَرَى بينهما وبين أن يسعفها وهو جاهل عن القاضي الحسين وجْه: أنه يفرق ولا يَجب شيْءٌ، إذا كان عالماً بل يقع الطلاق رجعيّاً، وهذا هو الذي أورده في «التهذيب» [وأشار إليه الإِمام القاضي الحُسَيْن] وضعَّفه الإِمام ـ رحمه الله ـ واستشهد بالخُلْع على الخمر، والأعواض الفاسدة، فإنه لا فَرْق في ثبوت المال بين العلْم والجَهْل، وإن طلَّقها بعد مُضِيِّ الغدِ، نَفَذَ رجعيّاً، لأنه خالَف قوْلَهَا، فكان مبتدئاً بالطلاق، فإن ذكر مالاً، فلا بُدَّ من القَبُول.

ولو قالت: لك ألْفٌ إن طلقتني في هذا الشهر ولم تؤخر تطليقي عنه، أو قالَتْ خُذْ هذا الألف على أن تطلقني في هذا الشهر متَى شئت، فهذا إثبات طلاق في الذِّمَّة، وتأجيلٌ بأجل مجهول، فهو أَوْلَى، بأن لا يصحَّ، ثم إن طلَّقها بعد مُضِيِّ الشهر، كان مبتدئاً بالطَّلاَق، وإن طلَّقها في الشهر، فقد أسعفها بسؤالها، فيقع الطلاق بائناً، وفي المالِ الواجبِ الطريقان، ولا يشترط وقوع التطليق في المَجْلس، وفيما إذا قالت: متى طلقتَنِي، فتلك ألْف، ذكَرْنا في الباب الأول: أن الشرط أن يقع التطليق في المَجْلِس، والفرق أن كلمة «متى» ظاهرةٌ في جواز التأخير؛ لعمومها في الأوقات، إلا أنَّ ذكْر العوض قرينةٌ عارضَتْ عموم الكلمة؛ فخصَّصناها بهذه القرينة، واشترطنا كوْن التطليق في المجْلس، جرياً على قاعدة المعاوضات، وها هنا صَرَّحَت بالتخيير، وجوازِ التأخير، فضعفت القرينة عن مقاومة الصريح؛ فهذه هي الطريقة الظاهرة، وحكى الإِمام أنَّ من الأصحابِ مَنْ نقل جوابَ كلِّ مسألة إلى أخْتها على قولَين، أو وجهين بالنَّقْل والتخريج، وسوَّى بينهما، وهذه التسوية في اشتراط التعجيل وعدمه لا خلاف في أن المسمَّىٰ صحيحٌ في تلك الصورة.

ولو قالت: طلِّقْني بألْف طلاقاً يمتد تحريمه إلى شهر، ثم أكون في نكاحِكَ حلالاً لك، فطلَّقَها، كذلك بطل الشرط ووقع الطَّلاق مؤبداً وفي المال الواجبِ الطريقان، وطريقة القطع ها هنا أظهر؛ لأن الشرط المذكور ها هنا فاسدٌ فحكم الشرط

لا يمكن الوفاء به، وشرط تأخير الطلاق إلى الغَدِ أو إلى شَهر، وإن لم يكن لازماً، ولكن يمكن الوفاء به، وقد وَفَّى به حيث طلَّقها على الوجه المشروط هناك، وفساد الشرط يوجب الجَهْل بالعوض فيتعين الرجوعُ إلى مهر المثل كما بيناه.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ غَداً عَلَى أَلْفٍ فَقَالَتْ فِي الحَالِ: قَبِلْتُ وَقَعَ الطَّلاَقُ غَداً وَاسْتَحَقَّ مَهْرَ المِثْلِ عَلَى وَجْهٍ لِفَسَادِ المُعَاوَضَةِ بِالتَّعْلِيقِ، وَالمُسَمَّى عَلَى وَجْهٍ لاحْتِمَالِ التَّعْلِيقِ فِيهِ، وفِيهِ وَجْهُ أَنَّهُ لاَ يَقَعُ الطَّلاَقُ أَصْلاً.**

قال الرَّافِعِيُّ: وإذا علَّق طلاق امرأته بصفة، وذكر عوضاً، بأن قال: طلقتُك إذا جاء الشهر، أو رأس الشهر، أو إذا دخلت الدَّارَ على ألْفٍ، فقبِلَتْ أو سألت المرأة أوّلاً فقالت: علّق طلاقي برأس الشهر، أو بدخول الدار على ألف، فعلق، فظاهر المذهب وقوعُ الطلاق عند وجود المعلّق عليه على قياس التعليقات، وفيه وجْه أنَّه لا يقع؛ لأن المعاوضة لا تقبل التعليق، فيمتنع ثبوت المال، وإذا لم يثبت المال، لم يقع الطلاق، فإنه مربوطٌ به، وإذا قلنا بالمذهب فالظّاهر اشتراطُ القَبُول على الاتصال، وعن القَفَّال احتمالُ وجهٍ آخر، وهو أنها بالخيار بين أن تقبل في الحال، وبين أن تقبل عند وجود الصفة، ثم الواجبُ مهْر المثل أو المسمَّىٰ فيه وجهان: ويقال قولان:

أحدهما: ويُنْسَب إلى الربيع أن الواجب مهْر المثل؛ لأن المعاوضات لا يجوز تعليقها في فساد العِوَض، وإن لم يؤثر في الطلاق؛ لقوته وقبوله التعليق، وإذا فَسَد العوض، وجب مهر المثل.

والثاني: يجب المسمَّىٰ، ويجوز الاعتياض عن الطلاق المعلَّق، كما يجوز عن الطلاق المنجز، ورجح بعضُهم الأول، والأكثرون إلى ترجيح الثاني أميل ويجري الخلاف فيما إذا قالت إذا جاء رأس الشهر، وطلَّقتَنِي فلك ألف، فطلَّقها عند رأس الشهر، إجابةً لها، وعن القَفَّال وجه فارق بين أن يبتدىء الزَّوْج فيعلق الطلاق على صفة بِعِوَض، وبين أن تسأل المرأة التعليقَ بِعِوَض، فيجيب، فإن ابتدأ الزوج ثبت المسمَّىٰ، وإن ابتدأت بالسُّؤَال، فالرجوع إلى مَهْر المثل، وإذا قلنا بثبوت المسمَّىٰ ففي «التتمة» وجهان في أنه متى يلزم تسليه؟.

أحدهما: يلزم عند وجُود المعلَّق عليه؛ لأن المعوض متأخِّرٌ، فكذا العوض.

والثاني: في الحال، وهو اختيار ابن الصَّبَّاغ؛ لأن الأعواض المطلقة يلزم تسليمها في الحال والمُعَوَّض تأخر بالتراضي، وعلى هذا فلو تعذَّر تسليم المعوَّض بأن حصلت فرقة قبل وجود المعلق عليه، لزم ردُّ العوض، كما إذا تعذَّر تسليم المسلَّم فيه، والوجهان متفقان، على أن المال ثابتٌ في الحال، وكذلك ذكَره في «التهذيب»، وهو

الوجْه لتمام شِقَّيْ العقد، وفي مجامع الإمام وصاحب الكتاب - رحمهما الله - أن المال إنما يجب عند حُصُول البينونة، ولا شك أنه لا رجُوعَ لها بعد القَبُول، وأما إذا قالت طلقني غَداً ولك ألف أو إن طلَّقْتَنِي في هذا الشهر، فلك ألفٌ وهما الصورتان المتقدمتان في الفَصْل السابق، فلها الرجُوع قَبْل التطليق؛ لأن الجواب به يحصل، وما يستحقه الزوج هناك، يستحقه عند التطليق.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **(الفَصْلُ الرَّابعُ فِي اَخْتِلاَعِ الأَجْنَبِيّ): وَهُوَ صَحِيحٌ كَاَخْتِلاَعِهَا وَلاَ يُشْتَرَطُ رِضَاهَا لَكِنَّ المَالَ يَجِبُ عَلَى الأَجْنَبِيّ، وَإِنْ كَانَ وَكِيلاً عَنْ جِهَتِهَا تَخَيَّر بَيْنَ أَنْ يَخْتَلِعَ مُسْتَقِلاً أَوْ بِالوكَالَةِ يُعْرَفُ ذَلِكَ مِنْ لَفظِهِ وَنِيَّتِه، فَإِنْ لَمْ يُصَرِّحْ بِالسِّفَارَةِ وَنَوَى النِّيَابَةَ تَعَلَّقَتْ بِهِ العُهْدَةُ كَمَا فِي الشِّرَاءِ، وَإِن اَخْتَلَعَ بِوَكَالَتِهَا ثُمَّ بَانَ أَنَّهُ كَاذِبٌ تَبَيَّنَ أَنَّ الطَّلاَقَ غَيْرُ وَاقِعٍ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الخُلْعُ مع الأجنبي من غير رضا الزوجة جائزٌ، والتزامه المَالَ من عنْد نفسه فداءٌ للمرأة، كالتزام المال لعتق السيد عَبْدَه، وقد يكون له فيه غرض، بأن كان الزوج ظالماً بالإمساك، وتعذر إزالة يده بالحجة أو كان يُسِيءُ العشرة، ويمنع الحقوق، فأراد المختلع تخليصَها، وذكَر الأئمة أن صحَّة الخُلْع مع الأجنبي مفرَّع على أن الخُلْع طلاقٌ، فإن الطلاق أمر يستقل به الزوج، فجاز أن يسأله الأجنبي على مَالٍ، كما إذا قال: أَلْقِ متاعك في البَحْر وعلي كذا، فأما إذا قُلْنا: إنه فَسْخ، فالفسخ من غير علة لا ينفرد به الرَّجُل، فلا يصلح طلبه منه، ولْيُعَلَّم لذلك قوله في الكتاب «وَهُوَ صحيح كَاَخْتِلاَعِهَا» بالواو، ولا يجيْء هذا الخلاف فيما إذا سأله الطَّلاَق [فأجاب][1]، لأن الفُرْقة الحاصلة عنْد استعمال لفظ الطلاقِ طلاقٌ لا محالةَ، وإنما الخلاف في لفظ الخُلْع.

ثم خُلع الزوج مع الأجنبي كخُلْعِه مع الزوجة في الألفاظ والأحكام، وهو من جانب الزوج معاوضةٌ فيها معْنَى التعليق، ومن جانب الأجنبي معاوضةٌ فيها شائبة الجَعَالة، فإذا قال للأجنبي طلقتُ امرأتي وعليك كذا، وقع الطلاق رجعيّاً، ولم يلزم المال، ولو قال له الأجنبي طلِّقْها ولك ألف، أو على ألف، فطَلَّق، وقع بائناً، ولزمه المال ولو اختلعها عبْدٌ، كان المال في ذمته، كما لو اختلعت الأمة نفْسَها، ولو اختلعها سفيهٌ، وقع الطلاقُ رجعيّاً، كما لو اختلعت السفيهة نفسَها.

ويجوز أن يكون الأجنبيُّ وكيلاً من جهة الزوجة في الاختلاع، وحينئذٍ فيتخير بيْن أن يختلع استقلالاً وبين أن يختلعَ وَكالةً عنها، فإن صرَّح بالاستقلال، فذاك، إن صرَّح

---

(١) في ز: فأجاز.

بالوكالة، فالزوج يطالِبُ الزوجة بالمال، وإن لم يصرِّح، ونَوَى الوكالة، كان الخُلْع لها، لكن تتعلق العهدة به فيطالبُ بالعوض، ثم هو يرجع على الزوجة، ويجُوز أن يوكِّل الأجنبيُّ الزوجةَ حتَّى تختلع عنه، وحينئذٍ فتتخير الزوجة بين أن تختلع استقلالاً أو بالوكالة وقول الزوجة للأجنبي: سلْ زوجتي تطلقني على كذا درهماً توكيلٌ، سواءٌ قالت عليَّ أو لم تَقُلْ، وقول الأجنبي لها سلي زوجَك يطلقك على كذا يُنْظَرُ فيه، إن لم يقل «عليَّ» لم يكن توكيلاً، حتى إذا اختلعت، كان المال عليها، وإن قال على ألفٍ علَيَّ، كان توكيلاً، حتَّى لو أضافت إلى الأجنبيِّ أو نوته، وجَبَ المالُ على الأجنبي، وقول الأجنبي للأجنبيِّ؛ سَلْ فلاناً يُطَلِّق زوجته على كذا، كقوله للزوجة سلي زوجَك، فيفرق بيْن أن يقُول عليَّ أوْلاَ يقول كذلك، ذكر هذه الصورة صاحب «التهذيب» ونحوه ـ رحمه الله ـ ولو اختلع الأجنبيُّ، وأضاف العقْدَ إليها مصرِّحاً بالوكالة، ثم بان أنه كاذِبٌ لم يقَع الطلاق، لأنَّه مربوطٌ بالمال، وهو لم يلتزم، في نفْسِه، وكذا في إضافة الالتزام إليها، فأشبه ما إذا كان الخِطَابُ معها، فلم تقبل، وقوله في الكتاب، «ويعرف ذلك من لفظة ونيته»، يعني أن وفرعه[1] عن الوكالة تارة يكون بلفظة، وتارة يكون بالنية، وإذا لم يتلفظ بالوكالة، ولا نوى ففي «البسيط» و «الوسيط» أن مُطْلَقَه يقع عن الوكالة، والقياس الظاهر أن من اشترى شيئاً، ولم يتلفظ بالوكالة ولا نواها، يقع الشراء له لا للمُوَكل، وقد يُفَرَّق بين البابين[2]، بأن الأصل وقوع العقد لمن يحصل له فائدته ومنفعته والشراء تحصل فائدته لكل من يَقَع الشراء له، ومباشر العَقْد أَوْلَىٰ بحصول منفعة العقد له من غيره، وفي الاختلاع تعود للفائدة والمنفعة إلى الزوجة وغيرها يبذل المال على سبيل الفداء، فكان صَرْف العقد إلَيْها إذا أمكن أَوْلَىٰ من صرفه إلى غيرها، وقوله: «فَإِنْ لَمْ يُصَرِّحْ بالسِّفَارَةِ وَنَوَى النِّيَابَةَ» المراد من السِّفَارة في مثل هذا الموضع النيابةُ ولو لم يعبر اللفظ، واقتصر على الكتابة، فقال: «وإن لم يُصَرِّح بالسِّفَارَةِ وَنَوَاهَا» كان جائزاً أو أَحْسَنَ، وأصل السفارة الإِصلاحُ، يقال: سَفَرْتُ بين القوم، أي أصلَحْتُ ثم، سُمِّيَ الرسول سفيراً؛ لأنه يسعى في الإِصلاح، ويبعث لذلك غالباً، وقوله «كَمَا فِي الشِّرَاءِ» يريد به أن الوكيل بالشراء إذا اشترى في الذِّمَّة، ونوى موكّله، ولم يصرِّح بالوكالة يطالبه البائع بالثمن مع الاعتراف بوكالته، وهذا هو الأظهر، وفيه وجْه أنَّه لا يطالب إلا الموكل، فيجوز أن يُعَلِّم قولُه كما في «الشراء» بالواو كذلك، وهذا الخلاف قد مر في موضعه ويمكن أن يجيْء مثله فيما نحن فيه.

فَرْعٌ: قال القاضي أبو الطيِّب في «المجرد»: لو قال: بِعْ عَبْدَكَ من فلان بكذا وعلى ألف فباعه منه لم يستحقَّ الألف على قول أكْثَرِ أصحابنا، وقال الداركي: يحتمل

---

(١) في ب: فرعه. (٢) في ز: الثانيين.

[أن يستحق] كما في التماس العِتْق والطَّلاَق، والصحيح الأول، وكذا لو قال: بعْته عبدك بألف في مالي؛ لأنَّه لا يجوز أن يستحق الثَّمَن على غير من يملك المبيع.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَلَوْ كَانَ المُخْتَلِعُ أَبَاهَا وَهِيَ طِفْلٌ فَهُوَ كَالأَجْنَبِيِّ، وَإِنِ اخْتَلَعَ بِنِيَابَتِهَا لَمْ يَصَحْ كَالوَكِيلِ الكَاذِبِ، وَإِنِ اخْتَلَعَ اسْتِقْلاَلاً وَلَكِنْ بِعَيْنِ مَالِهَا فَهُوَ كَخُلعِ الأَجْنَبِيِّ بِالمَغْصُوبِ، فَإِنْ لَمْ يَتَعَرَّضْ لِنِيَابَةٍ وَلاَ اسْتِقْلاَلٍ وَلَكِنِ اخْتَلَعَ بِعَبْدٍ ذَكَرَ أَنَّهُ مِنْ مَالِهَا وَقَعَ الطَّلاَقُ رَجْعِيًا وَكَانَ كَالسَّفِيهِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ كَالأَجْنَبِيِّ يَخْتَلِعُ بِالمَغْصُوبِ، وَقِيلَ أَيْضاً فِي المَغْصُوبِ: يَقَعُ الطَّلاَقُ رَجْعِيًا، وَإِنِ اخْتَلَعَهَا بِالبَرَاءَةِ عَنِ الصَّدَاقِ صَحَّ إِنْ جَوَّزْنَا لِلوَلِيِّ العَفْوَ وَإِلاَّ فَالطَّلاَقُ يَقَعُ رَجْعِيًا عَلَى وَجْهٍ، وَهُوَ كَالوَكِيلِ الكَاذِبِ عَلَى وَجْهٍ، وَلَوْ قَالَ: اخْتَلِعْهَا وَأَنَا ضَامِنٌ بَرَاءَتَكَ عَنِ الصَّدَاقِ فَالقِيَاسُ أَنَّ الطَّلاَقَ رَجْعِيٌّ، وَإِنْ قَالَ: اخْتَلَعْتُ عَلَى أَنِّي ضَامِنٌ إِنْ طُولِبْتَ بِالطَّلاَقِ فَالطَّلاَقُ بَائِنٌ وَعَلَيْهِ مَهرُ المِثْلِ.**

قال الرَّافِعِيُّ: أبو الزوجة في اختلاعها كالأجنبيِّ، فإن اختلع بمال نفسه، فذاك، ولا فرق بين أن تكون صغيرة أو بالغة، وإن اختلع بمَالِها، وصرَّح بالنيابة، أو الولاية لم يقَع الطَّلاق وكان كمن اختلع بالوكالة، ثم بَانَ أنَّه كاذب؛ لأن الطَّلاَق مربوطٌ بلزوم المَال عليها، وهي لم تَقْبَل، وليس هو بنائب، ولا ولي فيما فَعَل، وإن اختلع بمالها، وصرح بالاستقلال، فهو كالاختلاع بالمال المغصوب، وقد مَرَّ فيه قولان:

أصحهما: أن الواجب مهر المثل.

والثاني: أنَّه يرجع إلى بدل ذلك المال، ولو اختلع بعَبْد أو غيره، وذكر أنه من مالها، ولم يتعرض لنيابة ولا استقلال، فيقع الطلاق رجعيًا، كما في المخالعة السفيهة ولا فرق بين أن تكون الزوجة صغيرةً أو كبيرةً بكْراً أو ثيباً، وكذا لو قال للأجنبي: خالِعْها على عبْدها هذا، أو على صَدَاقها، وذكر في وجهه التشبيه بالسفيهة أنَّه أهْلٌ للقبول، لكنه مَحْجُورٌ عليه في مالها كما أن السفيهة أهليَّةٌ للقبول، وهو محجور عليها في مالها، لكن هذا القدر في التشبيه والتوجيه متحقِّقٌ في الاختلاع بالمغصوب مطلقاً، ولتشابه الصورتَيْن، حكى القاضي الحُسَيْن: أنَّه خَرَّج من الاختلاع بالمغصوب وجْهاً ها هنا أنَّه يقع الطلاق بائناً، وهذا الوجه، قد ذكرناه في الباب الثاني عنْد ذكر الاختلاع بالخمر والمغصوب ونسبناه إلى القاضي، وفرق في «التهذيب» بين الخُلْع بالمغصوب، وبين ما يجيْء فيه بأن المرأة تبذل المال في الخُلْع؛ لتصير منفعةُ البُضع لَهَا، والزوج لم يترك المِلْك إليها مَجَّاناً، بل بعوض، فلزمها المال، والأجنبي يبذل المال؛ لتخليص الزوجة ولا تصير منفعةُ البُضع له، فهو متبرِّع لا معتاضٌ، فإذا أضاف المال إليها، فقد أبطَلَ تبرعه، وبنى على هذا أنَّه لو قال للأجنبي: طلِّقْها على هذا العبْد المغصوب، أو

على عبْد زَيْدٍ هذا، أو على هذا الخَمْر، فطلق، يقع رجعياً ولا يلزم المال، بخلاف ما إذا التمست المرأة لذلك، ولو اختلع الأب أو الأجنبي بعبدها ولم يذْكُر أنه من مالها وكان من مالها، فإن لم يعلم الزوج أنَّه من مالها، فهو كالخُلْع بالمغصوب، حتى يكون الرجوع إلى مهْر المثل على الظَّاهر، وإن كان عالماً فوجهان:

أحدهما: أن المعلوم كالمذكور حتى يكون الطلاق رجعيّاً على الأظهر.

وأصحهما وهو المذكور في «التَّهْذيب» أن الحُكْم كما لو لم يعلم؛ لأنَّه لم يبطل التبرّع بإضافة المال إلى الزوجة، وقد يظن الزوج أنَّه انتقل [بياض] المِلْك إلى المُخْتلع، هذا كلُّه فيما إذا اختلع الأب بغير الصداق، أما إذا اختلَعَها بالصَّدَاق، أو على أن الزَّوْج بريْء عن صداقها أو قال للزوج طلِّقْها، وأنت بريْء عن صداقها أو على أنَّك بريء عن صداقها، فقد نصَّ في المختصر أنَّه يقع الطلاق رجعيّاً، ولا يبرأ الزوج عن الصَّدَاقِ، ولا يلزم الأبَ شَيْءٌ، وحكى الإمام وصاحبُ الكتاب وأبو الفَرَجِ الزاز تخريجَ المسألة على أنَّه هل يجوز للأب العَفْوُ عن صداق الصغير، إن جوزناه، صح الخلع، وبَرِىءَ الزوج، وإلاَّ فوجهان:

أصحهما: أن الجواب ما نص عليه، لأنه ليس له الإبراء ولم يلزم في نَفْسه شيئاً، وإن كان الطلاقُ على العِوَض، ولم يثبت العِوَضُ المسمَّى، ولا ما يقُومَ مَقَامَه، وقَع رجعياً كما في اختلاع السفيهة.

والثاني: عن رواية صاحب «التقريب» أنه لا يقع الطلاق أصْلاً؛ لأن الاختلاع على الصَّدَاق يشعر بأنه يتصرف بولايته عنها، وليست له هذه الولايةُ فأشْبَهَ الوكيل الكاذب، ورأى صاحب الكتاب إجْرَاءَ هذا الوجه فيما إذا اختلع بعبدها، وذكر أنه لها، ونقل أصحاب العراقيون ـ رحمهم الله ـ تخريجَ المسألة على أن الوليَّ هل له العفْوُ عن الصَّداق؟ وعن ابن أبي هريرة ـ وزيفوه ـ وقالوا: أحد شروط القول الذاهب إلى أن للوليِّ أن يعفُوَ عن الصداق، وقوع العفو بعد الطلاق، وهذا الشرط غير حاصل في الخُلْع على الصداق، فلا يصحُّ من الولّي، فحصل كما ترى خلاف في أن الوليَّ هل له أن يختلع بالصَّداق مع الحُكْم بأنَّ له أن يعفُوَ وقد ذكرنا هذا الخلاف في «باب الصَّدَاق» عنْد التفريع على أنَّه هل يعفو والأقوى أن لا يشترط لذلك القول تقدُّمُ العَفْو على الطَّلاق بل يكفي باشتراط عدم تأخير العفْو عن الطلاق؛ ولأن الغرض تخليصُها من ذلك الزوج وتأهيلها لرغبة الخاطبين فيها، وهذا الغَرَض يَحْصُل بالعَفْو المقارَنِ حصولُه بالعفو المتقدِّم، وليعلَّم؛ لما بينا قولُه في الكتاب: «صَحَّ إن جوَّزْنا للوَلِيِّ العَفْوَ» واعْلَمْ أن القول بصحة الخلع تفريعاً على أن للولي أن يعفو عن الصَّدَاق إنما يستمر فيما إذا جَرَى ذلك قبل الدُّخول؛ لأن شَرْط ذلك القَوْل أن يكون العَفْو قَبْل الدخول، فمن

المعلوم أن الخلع قبل الدخول منتظرٌ، وإذا كان كذلك فإذا صحَّحنا الخُلْع كان العوض أحد النصفين، والنِّصْفُ الآخر يسْقُطُ لا على سبيل العوضية، ولو أنه اختلعها بالبراءة عن الصَّداق، وضَمِنَ له الدرك، فالَّذي أطلقه أكثر الأئمة من العراقيين وغيرهم أنَّه لا يبرأ عن الصَّدَاق، ولكن يقع الطلاق بائناً لأنَّه التزم المال في نَفْسه فَضَاهَى الخلع بالمغصوب، وعلى هذا فالواجب علَيْه مهْرُ المِثْل أو بدل الصَّدَاق فيه القولان المعروفان، وهكذا الحُكْم فيما إذا قال الأبُ أو الأجنبيُّ: طلِّقْها على عبْدها هذا وعَلَيَّ ضمانه ففي قول: يلْزَمُه مهْر المثل، وفي قول: قيمة العَبْد، والذي قدَّمْناه أنه لا يلزمه شيءٌ هو فيما إذا لم يتلفظ بالضمان والالتزام، وحكى الإمام وَجْهاً آخَرَ أن هذا الضمان لا أثر له، ويقع الطلاقُ رجعيّاً، كما لو قال: طلِّقْها وأنت بريْءٌ عن الصداق، ووجهاً فارقاً بيْن أن يقول: طلِّقْها وأنا ضامنٌ براءَتَك عن الصداق، وبيْن أن يصرح بالمقصُود، فيقول: وأنا ضامنٌ للصداق، إن طُولِبْتَ به أديت عنْكَ، والفَرق [أن ضمان] عين المرأة لا معنى له، فيلغو، ويقع الطلاق رجعيّاً؛ وفي الصورة الأخيرة هو ضامن للمال إلاَّ أنَّه التزام فاسدٌ، فوقع[1] والطلاق بائناً، وهذا ما اخْتَاره الإمام، وعلَيْه جَرَىٰ صاحب الكتاب، فقال؛ ولو قال: «اخْتَلِعْها، وأنا ضامِنٌ براءتك عن الصداق» إلى آخر الباب، ويجوز أن يُعَلَّمَ قَوْلُه: «أَنَّ الطَّلاَقَ رَجْعِيٌّ» بالواو [قوله: أنَّ الطَّلاَق رَجْعِيّ] وكذا قوله: «وعَلَيْهِ مَهْرُ المِثْلِ» إشارة إلى القول الآخر أن الرجوع إلى المثْلِ، والقيمة، ولَفْظُ الضمان في هذه المسائل كلفظ الضمان في قول القائل: أَلْقِ متاعَكَ في البَحْر، وعليَّ ضمانه، والمراد منه الالتزام دون الضمان المشْهُور في الفقْه، ولو التمس الطَّلاَق على أنَّه بريء، وضمن الدرك، فقال الزوج في الجواب إن برئْتُ من صداقها، فهي طَالِقٌ لم تُطَلَّقْ؛ لأن الصفة، المعلَّق عليهما لم تتحقق والله أعلم.

اَلْبَابُ الخَامِسُ فِي النِّزَاعِ

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَلَهُ صُوَرٌ: (إِحْدَاهَا): أَنْ يَقَعَ فِي أَصْلِ ذِكْرِ العِوَضِ فَالقَوْلُ قَوْلُهَا إِذْ أَنْكَرَتِ العِوَضَ وَالبَيْنُونَةُ تَحْصُلُ مُؤَاخَذَةً لَهُ بِقَوْلِهِ (الثَّانِيَةُ): النِّزَاعُ فِي جِنْسِ العِوَضِ وَقَدْرِهِ يُوجِبُ التَّحَالُفَ وَالرُّجُوعَ إِلَى مَهْرِ المِثْلِ كَمَا فِي الصَّدَاقِ.**

قال الرَّافِعِيُّ: إذا اختلف الزوجان في أصل الخُلْع، فقالت الزوجة: خالَعْتَنِي على كَذَا، وأنكر الزوج، فهو المُصَدَّق بيمينه؛ لأن الأصل بقاء النِّكَاح، ولو كانَتْ له زوجتان تُسَمَّيَان باسمٍ واحِدٍ، فقال: خالَعْتُ فُلانةً بكذا، فَقَبِلَتْ إحداهما، ثم اختلفا فقال

(١) في ز: بوقوع.

الزَّوْج: أردت الأخرى، فقالت القابلة: بل أردتَّنِي، فهو المُصَدَّقُ، ولا فرقة ولو اختلفا في العوض، فقال الزوج: طلقتُكِ على كَذَا، وقالت بل طلَّقْتَنِي بلا عوض فهي المصدقة بيمينها في نفي العِوَض، ولا يَقبل قوله في سقوط سُكْنَاها، ونفقتها، وتحصل البينونة بقوله(١).

ولو قال: طلقتُكِ بالعِوَضِ الَّذي سألْتِ، فأنْكَرَتْ أصلَ السؤال، فكذلك الجواب وإن قالت: طَلَّقْتَنِي بعد طُول الفَصْل، وقال: بل في الحال، فهي المصدَّقَةُ في نفي المال أيضاً؛ لأن الأصل براءة ذمتها، والأصل عدَمُ الطَّلاَق في الوقت الذي تدعيه، ولو تنازَعَا على العَكْس، فقال: طلقتُكِ بعْد طول الفَصْل، ولم تقبل فلي الرجعة، وقالت: بَلْ على الاتصال، ولا رجعة فالمصَدَّقُ الزوج، ولو اتفقا على الخُلْع، واختلفا في جنْس العِوَض؛ بأن قالت: خالَعْتَنِي على الدنانير، وقال: على الدراهم، أو في قدره أو في بعض صفاته صحةً وتكسيراً أو طولاً وتأجيلاً ولا بَيِّنَةَ لواحدٍ منهما، فيتحالفان.

وعن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ وأحمد أن القَوْل قولُ المرأة لنا: أنهما اختلفا في كيفيَّة عوض العَقْد، ولا بينة، فيتحالفان كما في البَيْع، وإذا تحالفا، لم تندفع البينونة، ولكنَّ التحالف يؤثر في العِوَض، والقول في أنه تنفسخ التَّسْمية أو تفسخ إن أصَرَّا على النزاع، وفي كيفية اليَمِينِ، وفي بدايته على ما تقدَّم في البيع، والرجوع بعد الفسخ أو الانفساخ إلى مهر المثل، كما إذا اختلفا في الصَّدَاق وتحالفا، وقد مرَّ في الصَّدَاق وجْه أنهما إذا تحالفا، وكان ما تدعيه المرأة أَقَلَّ من مهْر المثل، لم يكُنْ لها أَكْثَرُ ممَّا تدعيه، قال ابن الصَّبَّاغ: وعلى ذلك الوجْه؛ لو كان ما يدعيه الزوج ها هنا أقلَّ من مهر المثل، لم يكن له أكثر مِمَّا يدعيه، وحكى الحناطي وجْهاً أنه يرجِعُ عليها بأكثر الأمرين من مهر

---

(١) صورة المسألة أن يقول طلقتك بألف وقبلت أو بألف عليك، وقوله في سقوط سكناها كذا وقع في الشرحين.

قال في الخادم: وكأنه سبق قلم وصوابه وكسوتها فإن السكنى تجب للمختلعة واقترانه بالنفقة يدل عليه. ثم قال: وحذف المسألة من أصلها من الروضة وكأنه وقعت له نسخة فيها سقط وإلا فمعظم النسخ فيها ذلك، ومراد الشيخين في غير الحامل أما المختلعة الحامل فلها الكسوة والنفقة مع السكنى ولا خفاء أنه لا يرثها إذا ماتت في العدة.

قال الشيخ البلقيني: هل يقبل قوله في سقوط ميراثها لو مات في العدة، وقد كتبت عليه ورقات ينبغي أن ينظر.

وقال في الخادم: قضية إعمالهم تصديقها أنها ترث كما يجب لها النفقة إذا لم تكن حاملاً إجراء لحكم الرجعية، ولو أراد أن يتزوج أختها أو أربعاً سواها جاز ولا يتخرج على هذا الخلاف فيما إذا قال: أخبرتني بانقضاء عدة الطلاق الرجعي فأنكرت؛ لأنه هناك نسب الأخبار إليها أي فطرقها الخلاف وها هنا اعترف بالبينونة. انتهى.

واعترافه بالبينونة موجود في الصورتين.

المثل، والمسمّىٰ في العَقْد، وإذا أقام كل واحدٍ منهما بيِّنَة على ما يقُوله فتتهاتران أو يقرع بيْنَهُما.

قال الحناطي: فيه قَوْلاَنِ وعلى التقديرين، فهل يحلف فيه وجهان:

وحكي وجهاً عن ابن سُرَيْج أنه يصار إلى أزْيَد البينتين[1] وإذا جَرَى الخُلْع مع أجنبي، واختلفا في جِنْس العِوَض وقدره، فيتحالفان أيضاً، ويجب على الأجنبي مهر المثل.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الثَّالِثَةُ): إِذَا تَوَافَقَا عَلَى جَرَيَانِ الخُلْعِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ مُطْلَقٍ وَفِي البَلَدِ نُقُودٌ مُخْتَلِفَةٌ لاَ غَالِبَ فِيهَا وَلَكِنْ نَوَيَا نَوعاً وَاحِداً فَهَذَا لاَ يَحْتَمِلُ البَيْعِ لِجَهَالَته مِنْ حَيثُ اللَّفْظ وَيُحْتَمَلُ فِي الخُلْعِ وَلاَ يُحْتَمَلُ فِي الخُلْعِ أَنْ يُذْكَرَ مُجَرَّدُ الأَلْفِ وَلاَ يَتَعَرَّضُ لِلنَّوْعِ، وَأَشَدُّ احْتِمالاً مِنْهُ أَنْ يَقُولَ: أَلْفٌ وَشَيْءٌ فَيَفْسُدُ الخُلْعُ للإِجْمَالِ ولاَ يُؤَثِّرُ النِّيَّةُ مَعَ التَّوَافُقِ، وَلَوْ تَنَازَعَا فَقَالَ: أَرَدْنَا بالدَّرَاهِمِ النُّقْرَةَ فَقَالَتْ: بَلْ أَرَدْنَا الفُلُوسَ فَيَتَحَالَفَانِ لأَنَّهُ نِزَاعٌ فِي الجِنْسِ، فَإِنْ تَوَافَقَا عَلَى إِرَادَةِ الدَّرَاهِمِ وَلَكِنْ قَالَتْ: أَرَدتُّ الفُلُوسَ فَالقَوْلُ قَوْلُهَا، فَإِنْ حَلَفَتْ بَانَتْ وَلاَ عِوَضَ عَلَيهَا، وَإِنْ تَوَافَقَا عَلَى إِرَادَتِهَا الفُلُوسُ وَلَكِنْ قَالَ: أَرَدتُّ الدَّرَاهِمَ وَلاَ فُرْقَةَ فَالبَيْنُونَةُ حَاصِلَةٌ بِكُلِّ حَالٍ لِظَاهِرِ التَّوَافُقِ عَلَى الدَّرَاهِمِ لَفْظاً، وَجَرَيَانُ الخُلْعِ وَالنِّيَّاتُ لاَ يُطَّلعُ عَلَيهَا، وَلاَ شَيْءَ لِلزَّوْجِ لإِنْكَارِهِ الفُرْقَةَ، وَقِيلَ: لَهُ مَهْرُ المِثْلِ.

قال الرَّافِعِيُّ: إذا خالعها على ألف درهم[2] وفي البلد نقدٌ غالبٌ نُزِّلَ الخُلْع عليه، وقد تعرَّضْنا له من قبْلُ، وإن كانت هناك نقودٌ مختلفةٌ، ولا غالب فقَدْ سبق في «كتاب البَيْع» أنه لا يصحُّ البيع هناك بالدراهِم المطلقة، حتَّى يبينا نوعاً منها، ولا يكفي أن ينويا نوعاً واحداً، لما في اللفظ من الجَهَالَة والإبهام، وليس في اللفظ ما يدُلُّ على ذلك النَّوْع، ولك أن تقول: وجَب أن نجْعَلَ ذلك على الخلاف في انعقاد البيع بالكنايات؛ لأن التعبير عن المقيَّد بالمُطْلَق، وأراد به طريقةٌ سائغةٌ في اللسان.

ولو جرى الخُلْع بدراهمَ مطلقةٍ؛ حيْث لا غالب بطَلَت التسمية، ووجب مهر المثل، فإن نويا نوعاً واحداً، فالظاهر الاكتفاء بالنية في لزوم ذلك النوع، وقد يُحْتَمَلُ في الخلع ما لا يُحْتَمَلُ في البيع ولذلك يحصل المِلْك فيه بالإعطاء منْ غير لفْظٍ، بخلاف البيع، وأشير إلى وَجْه آخَرَ أنَّه تفسُدُ التسمية كما يفسد البيع، وهذا ما أورده أبو مخلد البَصْري.

---

(١) قال النووي: الأظهر، أنهما يسقطان ولا ترجيح بالكثرة.

(٢) سقط في ز.

ولو قال: خالعْتُكِ على ألْفٍ، ولم يذكر جنساً من الدراهم والدنانير وغيرهما، فالذي نقله في الكتاب أنَّه لا يحتمل هذا الإبهام في الخُلْع أيضاً وإن اتفقا على جنْسٍ واحدٍ ونوعٍ واحدٍ؛ لأن المذكور ها هنا مجرَّد العَدَد والمعدود غير المذكور، وعند ذكر الدراهم لاَ يبقى الإبهام إلاَّ في الصفات، وإذا اشتد الإبهام وجَب إلاَّ يُحْتَمَلَ كما في سائر المجاهيل، وهذا حَكَاه في «الوسيط» عن العراقيين، وقال: كلامُ[1] القاضي يدل على التسوية بين إبْهَام الألْف، والأجناس، وإبهام الدراهم في الأنواع، وأنَّه يُحْتَمَل هذا الإبهام في الخُلْع، كما يحتمل ذلك الإبهام، وأنتَ إذا تأمَّلْتَ كتب شيخي العراقيين أبي حامِدٍ، وأبي الطيِّب وغيرها وجدتَّهَا متَّفِقَة على ما استخرجه من كلام القاضي ـ رحمه الله ـ وهو احتمال الإبهام الألْف، وعلَّلوا بأنه المقصود أن يكون العِوَضُ معلوماً عند المتعاقدين، فإذا توافَقَ على شيء بالنية كان[2] كما لو وافقا عليه بالنُّطْق.

وأُعْلِمَ قوله؛ لما ذكرنا «وَلاَ يُحْتَمَلُ فِي الخُلْعِ أَنْ يُذْكَرَ مُجَرَّدُ الألْفِ» بالواو ويغرس منه أن الأظهر احتماله، والتعليل المذكور يقتضي احتمال ذلك في البَيْع أيضاً، ويؤكد ما قدَّمْنا من احتمال إبهام الدراهم بناءً على انعقاد البَيْع بالكناية ثم حكي عن القاضي الحُسَيْن أنه لو قال: خالعتُك على ألْف شيءٍ فقبِلَتْ فالتسمية فاسدةٌ، ولا يُؤَثِّرُ تَوَافُقُ النيتين على شيءٍ؛ لأن الاحتمال فيه أشدُّ، فلا يحتمل، ويرجع إلى مهر المثل، وقد يوجِّه شدة الاحتمال، بأن الألْف مقتصراً عليه يفهم منه القدر المتعامَلُ به غالباً لنا، وتعقيبه بالشَّيْء يُهَوّش هذا الفَهْم؛ ألا تَرى أنَّه إذا قيل: باع فلان داره بألْف، فُهِمَ منه النَّقْد، فإن قيل: باعَهَا بألْفِ شيْءٍ، اضطرب الفَهْم، ويمكن أن ينازع غيْر القاضي فيما ذكره، ويذهب إلى احتمال هذا الاحتمال؛ اعتماداً على ما علمه المتعاقدان وتوافقا عليه بالنية، ثم عن الشيخ أبي محمَّد أن التعيين بالنية إنما يؤثر إذا تَوَاطَآ قبْل العقْد على ما يقصدانه باللفظ المبهم، وأنه لا أثر؛ لاتفاق التوافُقِ من غير تواطُءٍ، وأعرض مُعْرِضُون عن اعتبار ذلك وراعَوْا مجرَّد التوافق[3]، وهذه المسائل كالتمهيد لصور الاختلاف في الخُلْع الجاري على إبهام في اللفظ، والمَقْصِد في الباب هو صورة الاخْتِلاَف في صُوَر منها إذا قال الزَّوْج: أردنا بالدراهم النُّقْوة، وقالَتْ هي بل أَرَدْنَا الفُلُوس، فوجهان أصحُّهما:

وهو المذكور في الكِتَاب أنهما يتحالفان؛ لأنه نزاع في جنْس العوض فأشْبَه ما لو اختلف فيما سمياه.

والثاني: أنَّه يثبت بمهْر المِثْل من غير تحَالُف؛ لأن هذا نزاع في النِّيَّة والإرادة،

---

(١) في ب: الإمام. (٢) سقط في ز.

(٣) قال النووي: هذا الثاني، هو الأصح، وقول الشيخ أبو محمد هنا ضعيف.

ولا مُطَّلِع عليها وإذا امتنع التحالُف ووقع الاختلاف، صار العوض مجهولاً، فيجب الرجوعُ إلى مَهْر المِثْل، ومَنْ قال بالأول، قال: قد يحصل الإطِّلاَعَ عَلَىٰ قصْد الغير وإرادته بالأمارات والقرائن، ولك أن تقول: قَدْ سبَق أن الدراهِمَ اسْم للقدر المعلوم من النقرة، وأن التفسير بالدراهم المغشوشة لا يُقْبَل سِيَمَا إذا كان الغالبُ في البلد الدَّراهِمَ الخالصَةَ، وإذا كان كذلك، فكَيْف يُقْبَل منها نعم، إذا احتملنا أن يقول: خالَعْتُك على ألف، فتقبل، ويقتصران عليه فيظهر التفسير بالفلوس وكيف تحلف عليه، تصوير هذا الاختلاف وكذلك صورة من علق عن الإمام ـ رحمه الله ـ وتلقى عنه وفي معناه ما إذا قال الزوج: أرَدْنَا الدنانير، وقالَتْ: بل أردْنا الدَّرَاهِمَ.

ومنها: لو توافقا على أن الزَّوْج أراد النُّقْرة وقالَتِ المرأة: أردتُ الفلوس، وقال الزوج: بل أردتِ النقرة أيْضاً، فالبَيْنُونَةُ حاصلةٌ؛ لانتظام صيغة الخُلْع إيجاباً وقبولاً، وهي قضيَّة ما يقوله الزوج، وتصدق هي في نيتها وإرادتها، فإذا حلفت فلا شَيْءَ عليها.

أمَّا الفُلُوس[1] فالزَّوْج لا يدَّعِيهَا، وأما النُّقْرَةُ؛ فلأنها نفَتْ إلزامها باليمين، ومنْها

(١) قال الشيخ جلال الدين البلقيني: معنى قوله وأطلقا أي والحال أن النقود لا غلبة لبعضها فلم يعينا نوعاً بل أطلقا الكلام فذلك هو محل النية فإذا اختلفا حينئذٍ في النية جاء ما ذكر أما إذا كان في البلد نقد غالب فالإطلاق ينزل عليه ولا مجال للإرادة ولا يخالف. انتهى.

وقال الشيخ البلقيني قوله: «فإذا حلف فلا شيء عليها» ممنوع بل التحقيق أنه يجب عليها ألف من النقد الغالب، لتوافقهما على التلفظ بالدراهم، ودعوى الزوجة أنها أرادت الفلوس لا تقبل في دفع الظاهر وحينئذٍ فيكون القول قول الزوج ويحلفه على نفي العلم إذا ادعت أنه يعلم أنه أرادت ذلك، وأما إن كان الاختلاف كذلك في صورة ألف فقال الزوج أرادت من الدراهم النقرة ووافقته هي على إرادته وقالت هي: أردت الفلوس فقال: بل أردت النقرة فها هنا الزوجة مدعية فساد هذا الذي صدر على إرادته باطل والزوج مدع صحته فيطرق ذلك الخلاف في دعوى الصحة والفساد ولا يتعد أن يأتي ذلك في الإرادة كما في صورة بيع ذراع من أرض ويقول البائع عنيت التعيين فالبيع باطل ويقول المشتري: بل عنيت الإشاعة وإن كان الأرجح هناك أن المصدق البائع؛ لأن العيانة لا يطلع عليها إلا من جهته فيمكن أن يقال هنا بمثله ليجري الخلاف.

ثم إذا قلنا القول قول الزوج لدعواه الصحة فلا يلزمها بألف ثم بقوله بل يتحالفان وتكون كالصورة، وينبغي أن يرجح أن القول قول مدعي الصحة لأمرين:

أحدهما: أنه لو قلنا إن القول قولها لزم أن تبين من الزوج بلا مقابل بخلاف ما إذا قلنا بقول البائع هناك فإنه لا يضيع على المشتري شيء مما بذله بل يعود إليه.

الأمر الثاني: أن دعوى الصحة هناك إذا صدقنا مدعيها ألزمنا البائع بما يقوله وهنا إذا قلنا القول قول مدعي الصحة فلا يكون للزوجة بما يقوله من الدراهم بل يتحالفان وترجع إلى مهر المثل وإذا جرينا على مقتضى ما قالوه فهذه المسألة مما يصدق فيها مدعي الفساد جزماً ووجهه أن البينونة تحصل بقول الزوج فصار كما لو قال خالعتك فقالت: لم يخالعني.

لو توافقا على أن الزوجَةَ أرادَتِ الفلوس، وقال الزوج: أردتُ النُقْرَةَ، فلا فُرْقَة بيْنِي وبيْنَك، لاختلاف الخِطَاب وقالَتْ: بل أردتُ الدراهِمَ، وبنت منك فتحصل البَيْنُونَة في الظاهر؛ لتوافق اللفظين، والنيَّاتُ لا يُطَّلَع عليها، وهل يثبت للزوج شَيْءٌ؟ فيه وجْهَان عن القاضي الحُسَيْن، أنه يثْبُتُ له مهْر المِثْل؛ لحصول البَيْنُونَةِ الظاهر، والَّذي ارتضاه صاحبُ الكتَاب أنَّه لا شيْء له؛ لأنَّه منكر للفُرْقَة، فكيف يثبت له عِوَضاً عن الفُرْقَة[1] وفي مَعْنَى هذه الصورة ما إذا اتفقا على أن الزوج أراد الدراهم وقال لها: أردتُّ الفلوس، فلا فُرْقة وقالت: بل أردتَّ الدراهِمَ أيضاً، فالفُرْقة حاصلاً لاتفاقِهِما على صورة الخُلْع، ويعود الوجهان في ثُبُوت شيْءٍ للزوج، وأجاب صاحب «التهذيب» منهما بوجوب مهْر المثل، وقال: لا تحْصُل الفُرْقة في الباطن، إن كان صادقاً، ولو قال الزَّوْج: أردتُ النُقْرَة، ولم يتعرَّضْ لجانبها، وقالَتِ الزوجة: أردتُ الفلوس، ولم تتعرَّضْ لجانبه فالفُرْقَة حاصلةٌ ثم عن القاضي حُسَيْن أنَّهما يتحالفان وفي «البسيط» أن الوجْه وجُوب مهْر المثل؛ لأنَّه لا يدعي علَيْها شيْئاً معيناً حتَّىٰ تحلف[2].

ولو قال أحدُ المتخالِعَيْنِ: أطلقنا الدراهم، وقال الآخر: عَيَّنَّا نوعاً من الدراهم، فيتحالفان؛ لأن قضيَّة الإطلاق وجُوبُ النَّوْعِ الغالِبِ، فقد اختلفا في نَوْع العِوَض، وذلك يقتضي التحالُفَ.

وقوله في الكتاب «لا يحْتَمَل في الخُلْع أن يذكر مجرد الألْف، ولا يَتَعَرَّض للنَّوْع» كان الألْيَق أن يقول للجِنْس وقوله: «فيتحالفان» معلَّم بالواو وقوله: «فإن تَوَافَقَا على إرادة الدَّرَاهِمَ» يعني إرادة النُّقْرة التي هي حقيقة الدراهم.

وقوله «فالقول قولها» أي في نفي العِوَض، وقوله: «ولا فرقة» في تتمة قول الزوج.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الرَّابِعَةُ): إِذَا تَنَازَعَا فِي المُعَوَّضِ فَقَالَتْ: سَأَلْتُكَ ثَلاَثَ تَطْلِيقَاتٍ بِأَلْفٍ فَأَجَبْتَنِي فَقَالَ: بَلْ سَأَلْتِ وَاحِدَةً فَقَدِ اتَّفَقَا عَلَى الأَلْفِ وَتَنَازَعَا فِي مِقْدَارِ المُعَوَّضِ فَيَتَحَالَفَانِ وَلَهُ مَهْرُ المِثْلِ فَأَمَّا عِدَدُ الطَّلاَقِ فَلاَ يُعْتَبَرُ فِيهِ إِلاَّ قَوْلُهُ.

قال الرَّافِعِيُّ: الكَلاَمُ منْ أَوَّل البَاب إِلَىٰ هذا المَوْضِع كان في الاختلافات الواقعة في العِوَض، وهذه الصورة مقصودٌ بها بيانُ الاختلاف في المعوَّض، وهو الطَّلاق، فلو قالَتْ: سألتك ثلاث تطليقاتٍ بألف، فأجَبْتَنِي وقال: بل سألْتِ واحدةً بألْف، فأجبتُكِ

---

(١) قال النووي: هذا الثاني هو الأصح، واختاره أيضاً الإمام. قال الإمام: فإن قيل: لو صدقها بعد ذلك في اتفاق النية، قلنا: إذ ذاك يطالبها بالمسمى المعين لا بمهر المثل.

(٢) قال النووي: الأصح، وجوب مهر المثل بلا تحالف. وقد نقل الإمام الاتفاق عليه، وجعل مخالفة القاضي في التحالف في غير هذه الصورة.

فالألف، متفق عليه، ولكن يتحالفان؛ لأن قَدْر المعوضَ مختَلَفٌ فيه، فأشْبَه الاختلاف في قَدْر المَبِيع، وأيضاً فإنّه يدّعي استحقاق الألْف بطلقة، وموجب قولها لا يستحق بالطلقة الواحدة إلاَّ ثلث الألْف، وإذا تحالفا فعليها مهْر المثل وأما عدد الطلاق، فالمعتبر فيه قولُه فيصدَّق بيمينه، ولا يقع إلاَّ واحدةً.

قال الحناطي ـ رحمه الله ـ: ولو أقام كلّ واحدٍ منهما بيِّنة على ما قاله وأرخت البنتان، فإن اتَّفقَ الوقْتُ تَحَالَفَا، وإن اختلف فالَّتي هي أسبَقُ تاريخاً أوْلَى.

ولو قال: طلقْتُكِ وحْدَك بألْف، وقالتْ بل طلقْتَنِي وضَرَّتِي، تحَالَفَا أيْضاً وعليها مهْر المثل، ولو قالت: سألتُكَ أن تطلقَنِي واحدةً بألْف فأجبتني، وقال: بل طلقتك ثلاثاً بألف، تثبت الألْف، ولا معنى لهذا الاختلاف؛ لما تقدَّم أنها إذا قالت: طلقْتَنِي واحدةً بألْف فقال: [طلقتُك] ثلاثاً بألْف، تقع الثلاث وتجب الألْف، ولو قالت: سألتُكَ أن تطلقَنِي ثلاثاً بألف، فطلقْتَنِي واحدةً فلك الثلث، وقال الزوج: بل طلقْتُكِ ثلاثاً ولي جميع الألْف فإن لم يَطُل الفَصْل، طُلِّقتَ ثلاثاً، ولزمها الألْف وإن طال الفصل، ولم يمكن جعْلُه جواباً، فهي طالقٌ ثلاثاً بإقراره، ويتحالفان لِلْعِوَض، وعليها مهْر المِثْل، هكذا نَصَّ عليه في رواية الربيع، وقد ضمنه الفارسي ـ رحمه الله ـ في «عيون المسائل» وأخذ بالنص آخذون وجَرَوْا عليه، وأطلق صاحب «التهذيب» أنهما يتحالفان وأن الرجوع إلى مهْر المثل، ولم يفصل بين طول الفَصْل وعدمه.

وقال آخرون: النصُّ مُشْكل في حالتي [الاتصال والانفصال]، أما في حالة الاتصال، فلأنه، إن كان الأمْر كما يقوله: لم يمكن أن يُجْعَل قوله: بل طلقتك ثلاثاً ابتداءً وجوابٍ منه؛ لأنه قد سَبَق الجواب، وحصل الإسعاف، وإن كان الأمر كما تقوله هي، فقد بانَتْ بالواحدة بثلث الألْف، فلا يقع بعد ذلك شَيْء، أما في حالة الانفصال فالحكم بالتحالف مستبعدٌ؛ لأن التحالف إنما يجري عند الاختلاف في كيفية العقد، أو في حالة العوضين، وها هنا متفقان على أن السؤال ثلاثُ طلقاتٍ، وعلى أن المسؤول ألْفٌ، وإنما الخلاف فيما وقَع ووُجِدَ من الرَّجُل، فلا وجه للتحالف وطوَّلوا في حل الإشكال، وفي الإشْكَال على الحل، قال الإمام ـ قدس الله روحَهُ ـ: ينبغي أن يُقَال في حالة الاتصال إن قال الزوج: ما طلقْتُكِ من قَبْل، والآن أطلقُكِ ثلاثاً على ألف، يقع الثلاث ويجب الألْف، لأن الوقت وقتُ الجَوَاب، وإنْ قال: طلقْتُك من قَبْلُ ثلاثاً تعذَّر جعْل [هذا] إنشاءً لأنها بانت قبله، فيحكم بوقوع الطلاق الثلاث بإقراره، ولا يلزمها إلا ثلث[1] الألْف، كما لو قال: إن ردَدت عبيدي الثَّلاثَ، فلَكَ كذا فقال: رددتُّهُمْ، وقال

(١) في ز: ثلاث.

الجاعل: ما رددتُ إلاَّ واحداً، وأما في حالة الانفصال، فيُحْكَم بوقوع الثلاثِ بإقراره أيضاً وعلَيْها ثلث الألف، ولا معنى للتحالف، وللزوج [أيضاً](١) أن يُحَلِّفَهَا على نفي العِلْم بأنه ما طلَّقَها ثلاثاً، وهو الصحيحُ، وليأول النصُّ عليه بحسب الإمكان.

فَرْعٌ: في «المجرد» للحناطي أنها لو قالت طلقتني ثلاثاً على ألْف، فقال: بل طلقْتُكِ واحدةً بألفين، وأقام كلُّ واحدٍ منهما بيِّنَة على ما يقولُه، وهما متصادقان على أنَّه لم يُطَلِّقْها إلاَّ مرَّة واحدةً فيتحالفان، ويرجع إلى مهر المثْل.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الخَامِسَةُ): إِذَا ٱدَّعَى عَلَيْهَا الاخْتِلاَعَ فَأَنْكَرَتْ وَقَالَتْ: ٱخْتَلَعَنِي أَجْنَبِيٌّ فَالقَوْلُ قَوْلُهَا فِي نَفْيِ العِوَضِ وَبَانَتْ لِقَوْلِهِ، وَلاَ شَيْءَ لَهُ عَلَى الأَجْنَبِيِّ لاعْتِرَافِهِ، وَلَوْ قَالَتِ: ٱخْتَلَعْتُ وَلَكِنْ بِوِكَالَةِ أَجْنَبِيٍّ، فَيَتَحَالَفَانِ لأَنَّهُمَا ٱتَّفَقَا عَلَى أَصْلِ العَقْدِ وَٱخْتَلَفَا فِي صِفَةِ الإِضَافَةِ، وَقِيلَ: القَوْلُ قَوْلُهَا لإِنْكَارِهَا أَصْلَ الالْتِزَامِ.

قال الرَّافِعِيُّ: هذه الصورة لبيان اختلافهما فيمن علَيْه العِوَض، فإذا قال: اختلعْتُ بألف، وطالَبَها بالمال، فقالت قد ضَمِنَهُ لك غيري، فهذا الكلام لا يَنْفَعُها، لأنَّ ضمان الغير لا يقطع المطالَبَةَ عنها، وكذا لوْ قالت: قَبِلْتُ الخُلْع عَلَىٰ أَنْ يَزِنَ الألف عنِّي فلان، وهي في الصورتَيْن مقرة بالألف، ولو قالت قبلْتُ الخُلْع بألف لي في ذمة فلان، فيُبْنَىٰ على أن العَقْد على دين في ذمة الغير، هل يَجُوز؟ إن قلنا: لا يجُوز، فالذي نقله الشيخ أبو حامد وغيره أنَّه يجبُ مهْر المثل، ولا تحالف، لأنَّها تقول: خالَعْتَنِي على عِوَض فاسدٍ، وفي «التتمة» أنا إذا قُلْنَا إنه لا يجوز، فهي تدَّعي فساد التسمية، وهو يدَّعي صحَّتَها فيَجِيْء فيه الخلاف المذكور، في نظائره، وإن قلنا: بالجَوَاز فيتحالفان، وهذا أصحُّ عنْد الشيخ أبي حامدُ وابن الصَّبَّاغ وغيرهما، وهو الذي أورده صاحب «المهذب» ـ رحمه الله ـ وعلَّلوا بأن هذا اختلافٌ في محَلِّ العَقْد، فيقتضي التحالُف كالخلاف في عيْن العقْد الذي هو عوض الخُلْع.

ولو قال: اختلعْتِ نَفْسكِ بكذا، وأنكرَتْ، فقالت: اختلَعَنِي أجنبيٌّ لنفسه والمالُ عليه، فالقول قولُها في نفي العوض، ولا شيْء للزوج على الأجنبي لاعترافه بأن الخُلْع لم يجْرِ معه، وتحصل البينونة بقَوْل الزوج، ولم يقُل بأنَّه أقر بعَقْد أنكرته المرأة، وصدَّقْناها بيمينها، فيَلْغُو ويستمر النكاح، كما لو قال: بِعْتُكَ هذه العيْن بكذا، فأنكر صاحبه، وصدَّقناه بيمينه، تبقى العين للمُقِرِّ؛ وذلك لأن الخُلْع يتضمَّن إتلاف المعقُود علَيْه، وهو البُضع، والبُضع لا يتضمن إتلاف المعقود عليه؛ ألا ترى أن البيع يُفْسَخُ

---

(١) سقط في ز.

بِتَعَذُّر العوض والبَيْنُونَة لا ترتد، فإن[1] كان كذلك، فإقراره بالخُلْع المتضمن للإتلاف إقرارٌ بالإتلاف، فنظيره من البيع أن يقول: بِعْتُك عبْدي هذا بكذا، فأعتقه وأنْكَر فإنَّا نُصَدِّقُه بيَمِينِه، ونحكم بعتق العَبْد بإقْرَاره، ولو سلَّمت أنها اختلَعَتْ، وقالَتْ: اختلعتُ بوكالة فلانٍ، وصرحَتْ بالإضافة إلَيْه، فوجهان:

أصحهما: أنهما يتحالفان؛ لأنهما اتفقا على جريان العَقْد بينهما، واختلفا في أنَّها هل أضافت العَقْد إلى الغَيْر، فأشبه الاختلاف في سائر كيفيات العَقْد؟.

والثاني: لا يتحالفان وهُو الَّذي أورده المُتَوَلِّي، وحكى على هذا وجهين:

أحدهما: أن القَوْل قولُها مع يمينها؛ لأنها تنكر أصل الالتزام، فهو كإنكار أصل العقد فيما يتعلَّق بها.

الثاني: أن القول قولُ الزوج مع يمينه، لأنَّها اعترفت بالعَقْد، وفائدتُه تعود إليها، وذلك ظاهر في التزام المال، وهِي تدَّعي ما يمْنَع المطالبة، وهي الإضافة إلَيْه، والأصل عدَمُه، ولو سلَّمت ولم تصرِّح بالإضافة إلى الأجنبيِّ، ولكن قالتْ: نَوَيْتُهُ، فإن قلنا موجبه المطالَبَةُ على الوكيل، لم ينقطع طلَبُه الزوج بقولها وكذا لو أنكر أصل الوكالة، وإن قُلْنا: إن الوَكِيلَ لا يُطَالب فيتحالفان، أو تُصَدَّق الزوجة أو الزوج؟ تعود فيه الوجوه الثلاثة إذا عَرَفْتَ لك فاعلم أن المُزَنِيَّ نَقَل في «المُختصر» عن الشافعيِّ ـ رحمه الله ـ أنَّه إن قالَتْ: خالَعْتَنِي على ألْف، ضمنها لَكَ غيري، أو على ألْفِ فَلْس، وأنكر، تحالَفَا، وكان له عليها مَهْر مثلها، فظاهره يقتضي التحالُفَ فيما إذا أقرَّتْ بالاختلاع، وقالت: ضَمِنَ المالَ فلانٌ، وهي الصورة التي افتتحنا الفَصْل بها، ولا وجْه فيها؛ للتحالُفِ، بل هي مطالَبَةٌ وإنْ كان هُنَاك ضامنٌ، فاخْتَلَفَ الأصحاب، حكى الحناطي عن بَعْضِهِم أن المسألة غَلَط من الكاتب، ومنهم من قال: الجوابُ راجِعٌ إلى صورة الاختلاف في الفَلْس على ما قدمنا، فرُبَّما جمع الشافعيُّ بيْن مسألتين، فأجاب في إحداهما وترك جواب الأخرى، والأكثرون ردُّوا الجوابَ إليهما، واختلفوا في محل النص؛ فالذين قالُوا: يُجْرِيَان التحالُفَ فيما إذا قالَتْ: قبِلْتُ الخُلْع بألْف في ذمَّة فلان، حَمَلُوا النص [على هذه الصورة] وحمله بعضهم على ما إذا كانَتْ قد وكلت بالاختلاع بِقَدْرٍ دون الألْف، فخالف الوكيل بالألْف، ثم اختلف الزوْج والزوْجة في الزيادة، فقال الزوج: هي علَيْه، وقالَتْ هي: بل على الوكيل، وحكى القاضي ابن كج عن أبي إسحاق حمل النص على ما إذا قالَتْ: اختلع فلان بإذني ووكالتي، فلا مطالَبَةَ لَكَ عليَّ، إنما تُقْتَصُّ منه، ثم هو يرجع عليَّ، وهذا ينطبق على الوَجْه المذْكُور في عُهْدة الوكيل أن المطالب

(١) في ب: فإذا.

الوكيلُ دون الموكّل، وعن أبي الحُسَيْن حمْلُه على ما إذا قالَتْ: خالَعْتُكَ بشرط أن أحيلك على فُلاَن، وقال: بل خالَعْتِ مطلقاً وهذا شرْطٌ يُفْسِدُ الخُلْع، فيرجع إلى أن المرأة: تدعي فساد التسمية، وهي تدعي صحتها، فهذه سبعة طرق، مما قاله الأصحاب في هذا النَّصِّ، ومن صور اختلاف الزوجين: طلَّقَ زوجته بألف، وأرضعت ابْنَتُهَا زوجةً أخرى له صغيرةً، واختلف المتخالعان، فقال الزوج سبق الخلع الرضاعَ، وعليك المال، وقالَتْ هي: سبَقَ الرَّضَاعُ الخُلْعَ، وانفسخ نكاحي؛ لاجتماع حافدتي في نكاحك، والخُلْع بعده لَغْوٌ فيُنْظَر إن اتفقا على وقْت الرضاع كيوم الجمعة، واختلفا في وقت الخُلْع فادعى الزوج جريانه يوم الخميس، وادعته هي يوم السبت، فالقول قولُها مع يمينها؛ لأن الزوج يدعي الخلع في زمان سابق، والأصل عدَمُه، وإن اتفقا على وقْت الخلع كيوم الجمعة، واختلفا في وقت الإرضاع، فادعى الزوج أنّه كان يوم السبت، وادعته هي يوم الخميس، فالقول قول الزوج بيمينه لأن الأصْل عدم الرضاع يوْمَئِذٍ.

ولو ادَّعَىٰ الزوج سبْق الخُلْع، وادعت هي سبْقَ الرَّضاع، ولم يتفقا على وقْت أحدهما، فالقول قول الزوج أيضاً، لأن الأصل استمرار النكاح إلى أن صدر هذا الخُلْع واشتغالهما بالخُلْع يدل على بقاء النكاح ظاهراً وهذا كما لو تخالعا، ثم ادعت هي أنّه طلَّقَها قبْل الخُلع ثلاثاً، أو على إقراره بفَسَاد النكاح، فأنكر، فإنَّهُ يُصَدَّق بيمينه، ويمضي الخُلْع على الصحة وفي «التهذيب» أنّه لو خالعها على مال، ثم اختلفا فقال الزوج: كنت مكرهةً، فلي الرجعة، وأنكرتِ الإكراه، فلا يُقْبَل قوله في الظاهر، وعليه رَدُّ المال بإقراره.

ولو ادعت المرأة الإكراه فأنكر صُدِّقَ يمينه، وعليها المالُ، فلو أقامت بيِّنَة على الإكراه، لزمه ردُّ المالِ ولا يُمْهَلَنَّ بالمراجعة؛ لاعترافه بالبينونة، نعم لو لَمْ يصرِّح بالإنكار أو سكَتَ، أو كانت الخصومة مع وكيله، فله الرجعة، إذا قامت البيِّنَة، وقد تيسر بمعونة الله ـ تعالى ـ شَرْح ما في الكتاب، ويقْرُب منْه من فقْه الخُلْع على اعتياضه وترتيبه بفروعٍ ومسائلَ منشورةٍ، ليس للأب خُلْع زوجة الطِّفْل، ولا طلاقها بغير عوض، خلافاً لأحمدَ ـ رحمه الله ـ فيهما، ولمالك في الخُلْع، والخُلْعُ على غير الصداق قبْل قبض الصداق لا يُسْقط حقَّ الزوجة من الصداق بعد قبضه، وقبل الدخول لا يسقط حق الزوج من نصْف الصداق، خلافاً لأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ في المسألتين، وإذا خالع امرأته الحامِلَ على نفقةِ عِدَّتِها، فالتسمية فاسدةٌ، وله مهْر المثل، وقال أبو حنيفة: ـ رحمه الله ـ تصحُّ التسمية، ويَبْرأ عن النفقة، وفيما جمع في فتاوى القَفَّال: أنَّهَا لو اختلعت على مهرها، وكانت قد أبرأته قُبِلَ ذلك من مهرها، فإن جهلت الحال، فالواجب عليها مَهْر المثل أو مثل ذلك المَهْر فيه القولان المعروفان، وإن كانت عالمةً بالبراءة فإن كان الجاري بينهما لَفْظ الطَّلاَق، بأن قال طلقتك على صَدَاقك، فقبِلَتْ

فتبين، ويعود الخلافُ في الواجب عليها يقع الطلاقُ رجعيًا فيه وجهان، وإن كان الجاري لفْظَ الخلع، فإن أوجبْنَا المال، إذا جَرَىٰ لفظ الطَّلاَق، ففي لفْظ الخُلْع أولى، وإلاَّ جرى في لفظ الخلع وجهان: بناءً على أن لفْظ الخُلْع هل يقْتَضِي ثبوت المال في «فتاوى القاضي الحُسَيْن»، أنه لو خَالَعَها على مَا لَها في ذمته، أو على ألْف آخر، هو في ذمتها، أو على أن تنفق كل يوم على ولده كذا إلى مدة كذا، فهو فاسدٌ بشَرْط الاتفاق على الولد، وتَحْصُلُ البينونة بمهر المثْل، وأنَّه لو خالعها على ألْف، وعلى حضانها ولده الصغير سنَةً فتزوَّجت في خلال السَّنَة لم يكُنْ للزوج انتزاعُ الولد منْها بتزوجها؛ لأن الإجارَة عقدٌ لازمٌ، وأنها لو قالت إن طَلَّقْتَني أبرأْتُكَ عن الصَّدَاقِ، أو فأنْتَ بريْءٌ منْه فطلَّق، لا يحصل الإبْرَاء؛ لأن تعليق الإِبْراء لا يصحُّ، ولكن عليها مهْر المثل؛ لأنَّه لم يطلق مجاناً، بل لإبراء ظن صحته، وأنه لو قالَتِ الزوجة: أبرأْتُكَ عن صَدَاقِي، فَطَلِّقْني، بَرَأَ الزوج، وهو بالخِيَار إن شاء طلق وإن شاء لم يُطَلِّق، ويمكنه أن يقال: إنها قصدت جعل الإبْراء عوضاً عن الصَّداق، ولذلك رتبت سؤال الطلاق عليه، فليكن كما لو قالت: طلقْنِي، وأنتَ بريء عن صداقي، وفي «فتاوى» صاحب «التهذيب» أنه سئل عن امرأة: قالت: لزوْجها (بهر حقي كي در كردن تودارم خويتن ازبربارحزيدم)[1] فقال الرجل (قن مرا اينكر طلاق، أي كنار كردم)[2] فقال: أن تقبل كلامه بكلامها بحيْثُ يعدُّ جواباً له، والصَّداق معلومٌ، صحَّ الخُلْع، وسقط الصَّداق.

وأنه إن خالعها على ثَوْب هَرَوِيٍّ، وقبِلَتْ ثم دفعت إليه ثوباً مروياً فرضيه وأراد إمساكه نظرَ على أن الزبيب الأبيض هل يؤخذ في السلم عن الأسود إن قلنا إن كان قد وصفه بالصفات المعتبرة في السلم، فَيُبْنَىٰ. يجُوز ولا يكون استبدال، فكذلك ها هنا، وإن منَعْنا، فلا يجوز الإِمْسَاك ها هنا من غير معاقدة، فإن تعاقدا، وقالت: جعلتُه بدلاً عما عليَّ، وَقَبِلَ الزَّوْج فيُبْنَىٰ على أن الصَّداق مضْمُون ضمان العقد، أو ضمان اليد إن قلْنا: بضمان اليد فيجوز، وإن قلنا: بضَمَان العَقْد؛ فعلى القولَيْن في جواز الاستبدال عن الثمن في الذمة وإن لم يَصِفْه، فالواجب مهْر المثل، فلا يجوز إمساكه من غيْر معاقدة، وأنها لو قالَت: اختلعت نفْسي منْكَ بالصداق الذي في ذمَّتك، وأنكر الزوج وحلف عليه، فلا رجوع لها عليه بالصَّداق، ولو كان له على رجُل دَيْن، فقال: اشتريتُ منْك دارك بذلك، وقبضته وأنْكر الرَّجُل، يجوز له المطالبة بالدين، والفرْقُ أن الخُلْع الذي أقَرَّتْ به يوجب اليأس عن الصداق، ويُسْقطه بالكلية؛ فإن ذمة الزوج إذا بَرِئَتْ من الصداق، لم يتصور عوده، وفي الصورة الأخرى لا يحصل اليأس عن الدَّيْن؛ لأن الدار

---

(١) يعني: بأية صورة أبرئك من حقي؟!.

(٢) جملة فارسية بمعنى: لقد وقع الطلاق، وتخليت عنك.

المجعولة عوضاً قد تخرج مستحقَّة، وقد ترد بالعيب[1] وقد تتلف قَبْل القبض، فيرجع صاحب الدَّيْن إلى دَيْنه، وإن الزوج إذا قال: خالَعْتُك بكذا فأنكَرَتْ وصدَّقْنَاها باليمين، فوطئها الزوج بعد ذلك، فعليه الحدُّ في الظاهر، ولا يجب عليْها؛ لأنَّها تزعم أنها في نكاحه، وأما في الباطن فإن كان صادقاً، فعليهما الحدُّ، وإن كان كاذباً فلا حدَّ على واحد منهما، وحكي وجهاً في مثل هذا أن دعوى الزوج طلاق ظاهراً وباطناً، فعليهما الحدُّ، وأنها لو قالت: طلِّقْنِي على ألْف، فقال طلقت نِصْفك فيُبْنَى، استحقاق الألف على أن الطلاق يقع على البَعْض، المذكور، ثم يسري إلى الباقي، أو يُجْعَل البعض كناية عن الكُلِّ، إن قلنا بالمعنى الثاني، فيستحق كما لو طلَّقَها بلفظ آخر، وإن قلنا بالأول، وجَب ألاَّ يستحق إلاَّ نصْف الألف، كما لو قالَتْ: طلقني ثلاثاً، فطلَّق واحدة، يستحق القسط، ولو قال في الجواب طلقت يدك، إن جعلنا المضاف إليه عبارة كلِّ البدن، استحق الألْف، وإن قلنا بالوجْه الآخَر، فلا يمكن التوزيع ها هنا، فيجب مهْر المثل، وإنها إذا قالت: اختلعت نفسي بثلاث طلقات على ما لي عليك من الحق، فقال: خالَعْتُك بطلقة، تقع طلقة؛ لأن الخلعة من جانبها جَعَالة، ويجب مهْر المثل، ويحتمل أن يجب ثُلُث مَهْر المثل، كما لو قالتْ: طلقني ثلاثاً بألف، فطلَّق واحدةً، يستحق ثلث الألف.

فَرْع: لابن الحداد إذا قال لامرأته أنت طالقٌ اثنتين، أحدهما بالألْف، فالمُقَابلة بالألْف لا تقع دون القَبُول، وفي الأخرى وجهان:

أحدهما: وبه قال ابن الحدَّاد: أنها لا تقع أيضاً؛ لأنه علَّق الطلقتين بقبول الألف، ولم يوجد؛ ولأنه قَابَلَ إحدى الطلقتين بالعِوَض، وجعل الأخرى تابعةً لها، فإذا لم تقع هي أصل، لا تقع الأخرى.

والثاني: وهو الأصحُ عند الشيخ أبي علي ـ رحمه الله ـ أنها تَقَع؛ لأنها عريَّةٌ عن العوض، فأشبهت سائِرَ الطلقات الخالية عن العوض، وأيضاً فإنه لو قال: أنْتِ طالقٌ اثنتين أحدهما بألف، والأخرى بغير شيْء، تقع الواحدة من غَيْر قبول، فكذلك ها هنا، قال الإِمام ـ رحمه الله ـ: ولا يبعد طرْد الوجهَيْن في هذه الصورة، فإن قلْنَا بالوجه الأول، فإذا قبِلَتْ وقَعَت الطلقتان، ولزم الألْف، وتكون الألف في مقابلة واحدة منها خاصَّةً، أو في مقابلتهما معاً وإحداهما تبعٌ للأخرى، ذكر فيه احتمالان:

أحدهما: أنه يختص بواحدة منهما كما هو ظاهر اللفظ.

---

(١) قيل: هذا مخالف لما قدمه أنه لو تخالعا ثم قال: كنتِ مكرهةً فلي الرجعة فأنكرت الإِكراه لم يقبل قوله في الظاهر، وعليه رد المال لاعترافه.

والثاني: أنَّه يتعلق بهما على تبعيَّة إحداهما للأخرى؛ لأنه لو اختص المال بواحدة منهما، لما توقفت الأُخْرَىٰ على القَبُول، ونحن نُفَرِّع على التوقُّف ولا اقترنت طلقتان؛ بائنة ورجعية، وهذا بعيدٌ؛ ألا ترى أنَّه لو قال: إذا خَالَعْتُكِ، فأنت طالقٌ، فخالعها لم تقع الطلقة المعلقة؛ لمصادقتها حالَةَ البينونة، وإن قلنا بالوجه الثاني، فإن كانت غيْر مدخُول بها، وقعتِ الواحدةُ كما تمَّ لفظه، وحصلت البَيْنُونَة، فلا تقَعُ الأخرى، وإن قَبِلَتْ، وإن كانتْ مدخولاً بها، فالواحدة الواقعة باللفظ رجعيَّةٌ فإذا قبلَتِ الألف، فهو مخالعة الرجعية، وفيها الخلافُ الذي تقدَّم، فإن جوزنا مخالعة الرجعية، وقعَتِ الثانية ولزم الألْفُ، وإن لم نجوِّزها ففيه احتمالان للشَّيْخ أبي علي:

أحدهما: أنَّه لا يقع الطلاق؛ لأنه إنما أُوقع بشرط قبولها، وإذا لم يلزم المال فلا معنى للقبول، وأظهرهما: أنه يقَعُ، وإن لم يلزم المال، كما لو خالع المحجُورَ عليها فقبِلَتْ.

كِتَابُ الطَّلاَقِ[1]

وَالنَّظَرُ فِيهِ فِي شَرطَيْنِ، الأَوَّلُ فِي عُمُومِ حُكْمِهِ، وَفِيهِ خَمْسَةُ أَبْوَابٍ

البَابُ الأَوَّلُ فِي السُّنَّةِ وَالبِدْعَةِ، وَفِيهِ فَصْلاَنِ

(الأَوَّلُ فِي بَيَانِ البِدْعِيِّ): وَهُوَ الطَّلاَقُ المُحَرَّمُ إِيقَاعُهُ، وَلِتَحْرِيمِهِ سَبَبَانِ: (أَحَدُهُمَا): الحَيْضُ فِيمَنْ تَعْتَدُّ بِالحَيْضِ، وَطَلاَقُ الحَائِضِ بَعْدَ الدُّخُولِ بِدْعِيٌّ لِمَا فِيهِ مِنْ تَطْوِيلِ العِدَّةِ إِذْ بَقِيَّةُ الحَيْضِ لاَ تُحْتَسَبُ، وَلاَ بِدْعَةَ فِي طَلاَقِ غَيْرِ المَمْسُوسَةِ وَلاَ سُنَّةَ.

قال الرَّافِعِيُّ: الآيات الواردة في الطلاق، والأخبارُ المرويّة فيه غنيّةٌ؛ لشهرتها عن إيراد التعداد، معتضدة بإجْمَاع أهل الملل أقوى اعتضاداً، وافتتح الشافعي ـ رضي الله

---

(١) الطلاق لغة مصدر طلقت المرأة: بانت من زوجها، وأصل الطلاق في اللغة: التخلية، يقال: طلقت الناقة: إذا سرحت حيث شاءت، وحبس فلان في السجن طلقاً بغير قيد، وفرس طلق إحدى القوائم: إذا كانت إحدى قوائمها غير محجلة، والإطلاق: الإرسال.
انظر: الصحاح ٤/١٥١٨، المغرب ٢٩٢، لسان العرب ١٠/ ٢٢٥، والمصباح المنير ٢/ ٥٧٣.
اصطلاحاً:
عرفه الحنفية بأنه: إزالة النكاح الذي هو قيد معنى.
عرفه الشافعية بأنه: حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه، أو هو: تصرف مملوك للزوج يحدثه بلا سبب فيقطع النكاح.
عرفه المالكية بأنه: إزالة القيد وإرسال العصمة، لأن الزوجة تزول عن الزوج.
عرفه الحنابلة بأنه: حل قيد النكاح أو بعضه.
انظر: الاختيار لتعليل المختار ص ٦٢، التبيين ٢/١٨٨ الدرر ١/٣٥٨، البدائع ٤/ ١٧٦٥، مغني المحتاج ٣/ ٢٧٩، الخرشي على مختصر سيدي خليل ٣/ ١١، الكافي ٢/ ٥٧١، كشاف القناع ٥/ ٢٣٢، والمغني ٧/ ٣٦٣.

عنه أبوابَ الطَّلاَق بقوله ـ تعالى ـ: ﴿إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] لأنه تكلم أولاً في البدعي والسنّيِّ من الطلاق، وهذه الآية أصل مرجوعٌ إليه في هذا الفصْل، على ما ستقف عليه، ويقال: طلَّقَ الرجلُ امرأته تطليقاً «وطَلُقَتْ هي تَطْلُقُ طَلاَقاً فهي طالِقٌ، وطالقةٌ، وعن الأخفش أنه لا يقال طَلُقَنْ بالضَّمِّ، وفي «ديوان الأدب» أنه: لُغَة، ورَجُل مِطْلاَقٌ وطُلَقَةٌ: كثير الطلاق للنساء، وتفاوت[1] معنى الطلاق في قولهم: ناقةٌ طالِقٌ، أي مرسَلَة ترعى حيث تشاء، ويُطْلَقُ الظبْيُ أي من لا يلوي على شيء وأَطْلَقْتُ الأسيرَ أي خلَّيْته، والناقةَ من عقالها، فطلقت هي، والطليق الَّذي خُلِّيَ عن أسرة، حُبِسَ فلانٌ مطلقاً أي بغَيْر قيد، وبغَيْر طَلْق أي غير مقيّد، وأطلق يده بالخير وطلقها، ورجل طَلْقُ اليدين أي سَمْحٌ، وفلان طلْق الوَجْه واللسانِ وطليقُهما.

واعلم أن الطلاق «ينجز تارة، ويُعلق أخرى، والقسمان يشتركان في شروط وأحكام وتختص التعليقات بأحكام، ولا تكاد تنحصر صورها، وأوضاعها فجعل الكتاب على شَطْرين: **أحدهما**: في الأحكام العامة. **والثاني**: في التعليقات خاصّةً، وذكر منها فنوناً تحصل بها الدُّربة، وهذا التقسيم ـ وإن لم ينص عليه في هذا الموضع ـ فهو بيِّنٌ من قوله بعد الشطْر الثاني في التعليقات: ثُمَّ الطَّلاَقُ ينقسِمُ باعتبار إلى جَائِز ومحرَّم وباعتبار آخرَ إلى نَافِذٍ، ولاغٍ وباعتبار ثالثٍ: إلى واحِدٍ، وعَدَدٍ وباعتبارٍ رابعٍ إلى ما يقع في لَفْظه استثناءً وإلى غيره، وباعتبار خامس إلى ما يعتريه الشكُّ وإلى غَيْرِه، والحاجة تَمَسُّ إلى معرفة أحوال هذه الاعتبارات، وأحكامها فعقد الباب الأول؛ لبيان الجائز والمحرَّم منه.

والثاني: لبيان أركان الطَّلاَق التي هي مناط النافذ ليتبين من اللاغي.

والثالث: لما يعرض فيه من العدد.

والرابع: الاستثناء.

والخامس: الشك.

أما الباب الأول، فقد ترجمه ببدعة الطَّلاَق وسنته، ولم يزل العلماء قديماً وحديثاً يصفون الطلاق [بالبِدْعَة والسنَّة] ويقولون: الطلاق ينفذ سنّياً تارة وبدعيًّا أخرى، وفي معناهما اصطلاحان:

أحدهما: أن السني هو الذي لا يَحْرُم إيقاعه والبدعي ما يحرم إيقاعه وعلى هذا فلا قسم سوى السني والبدعي.

والثاني: ـ وهو المشهور المستعمل ـ أن السُّنِّي طلاقُ المدخُولِ بها الَّتي ليست

---

(١) في ب: ويقال.

هي بحامل ولا صغيرة ولا آيسة، والبِدْعِيُّ طلاقُ المَدْخُول بها في حَيْض أو نفاس أو في طهر جامَعها فيه، ولم يَبِنْ حمْلُها، وقد يبهم، فقال: البدعي طلاق المحرم إيقاعه في حق الَّتي يصَوِّرُها التحريم؛ وعلى هذا الاصطلاح يستمر ما اشتهر في المذهب أن غير المَمْسُوسة لا بدْعَة في طلاقها ولا سنَّة، وكذا اللَّوَاتي يلتحقن بها؛ وعلى هذا فالطلاق ينقسم إلى سُنِّيٍّ وبِدْعيٍّ، وإلى ما ليس بسنِّيٍّ ولا بدعيٍّ، ثم ذكر الأصحاب أن ما لا يحرم من الطلاق ينْقَسِم إلى: واجب، ومحْبُوب، ومكروه؛ أما الواجب: ففي حق المولى إذا مضَتِ المدَّة ويؤمر بأن يفيء أو يطلّق، وعند الشقاق إذا رأى الحَكَمان التفريق، يجبُ التفريق.

وأما المَحْبُوب فهو إذا كان يقصِّر في حقها؛ لبغض وغيره، وإذا لم تكن عفيفة، فخاف منها إفْسَاد الفراش. وأما المكروه؛ فهو الطَّلاق عند الالتئام وسلامة الحال، رُوِيَ أنَّه - ﷺ - قال: «أَبْغَضُ المُبَاحَاتِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَىٰ ٱلطَّلاَقُ»[1].

وأما المحرَّم من الطلاق، فلتحريمه سببان[2]:

أحدها: وقوعه في حال الحَيْض إذا كانت مَمسوسة، وكانت ممن تعتد بالأقراء، قال الله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] أي للوقت الَّذي يشرعن في العدة.

رُوِيَ عن النبي - ﷺ - «أنَّه قَرَأَ «لِقُبُلِ عِدَّتِهِنَّ»[3] وتكلموا في أنَّه قراءة أو تفسير،

---

(١) رواه أبو داود وابن ماجه والحاكم، من حديث محارب بن دثار عن ابن عمر بلفظ: الحلال. بدل المباح، ورواه أبو داود والبيهقي مرسلاً ليس فيه ابن عمر، ورجح أبو حاتم والدارقطني في العلل والبيهقي المرسل، وأورده ابن الجوزي في «العلل المتناهية» بإسناد ابن ماجه وضعفه بعبيد الله بن الوليد الوصافي وهو ضعيف، ولكنه لم ينفرد به فقد تابعه معروف بن الواصل، إلا أن المنفرد عنه بوصلة محمد بن خالد الوهبي، ورواه الدارقطني من حديث مكحول عن معاذ بن جبل بلفظ: ما خلق الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق، وإسناده ضعيف ومنقطع أيضاً، ولابن ماجه وابن حبان من حديث أبي موسى مرفوعاً: ما بال أحدكم يلعب بحدود الله يقول: قد طلقت قد راجعت، بوب عليه ابن حبان: ذكر الزجر عن أن يطلق المرء النساء ثم يرتجعهن حتى يكثر ذلك منه، انتهى. والذي يظهر لي من سياق الحديث خلاف ما فهمه ابن حبان، والله أعلم.

(٢) قال في المهمات: أهمل سبباً ثالثاً ذكره في القسم عن المتولي وهو أن يقسم الواحدة ثم يطلق الأخرى قبل توفية حقها، قال: وهذا سبب آخر لكون الطلاق بدعياً، ولم ينفرد المتولي بما حكاه بل هو مشهور حتى في التنبيه.
قال في الخادم: قد ذكره في الروضة من زوائده وهو كما قال.

(٣) قال الحافظ هو في حديث ابن عمر في طلاق امرأته في بعض طرق مسلم من طريق ابن الزبير أنه سمع عبد الرحمن بن أيمن يسأل ابن عمر، كيف ترى في رجل طلق امرأته، الحديث. وفيه هذا، وأما اختلافهم في أنه قراءة أو تفسير. فقال الروياني في البحر: لعله قرأ ذلك على وجه=

وقبْلُ الشيْء أوّلُه ومقدَّمُه، ويقال: كان ذلك في قَبْل الشتاء أي أوّلِه، ووقع السَّهْم بقبل الهَدَف، وطلَّق ابن عمر ـ رضي الله عنه ـ أمرأتَهُ، وهي حائضٌ؛ فسأل عمر ـ رضي الله عنه ـ رسول الله ﷺ ـ عن ذلك فقال: «مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا، ثُمَّ لِيُمْسِكْهَا حَتَّى تَطْهُرَ، ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ، وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ فَذَلِكَ العِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ أَنْ تُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ»(١) والمعنى فيه أن بقية الحَيْض لا يحتسب من العدة، فتطول عليها المدة والانتظار.

وقوله في الكتاب «الحَيْض فيمَنْ تَعْتَدْ بالأقراء» في بعض النسخ بالحيض، والمقصود واحدٌ يعني التي تحيضُ، تتعلَّق عدتها بالحَيْض والطُّهر، ولو لم يذكر هذه اللفظة أصْلاً لجاز؛ فإن الحيض لا يكون إلاَّ لمثل هذه المرأة وقوله: «وَلاَ بِدْعَةَ فِي طَلاَقِ غَيْرِ المَمْسُوسَةِ وَلاَ سُنَّةَ» وجهه ما قدَّمناه وفي بعض النسخ بدلَ وَلاَ سُنَّةَ والآيسة وهو صحيحٌ أيضاً وقَدْ ذكره(٢) من بعْدُ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَيَجُوزُ خُلْعُهَا، فَقِيلَ: لأَنَّ ذَلِكَ تَطْوِيلٌ بِرِضَاهَا فَيَجُوزُ الطَّلاَقُ بِرِضَاهَا وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عِوَضٌ، وَلاَ يَجُوزُ آخْتِلاَعُ الأَجْنَبِيِّ، وَقِيلَ: إِنَّهُ مُعَلَّلٌ بِضَرُورَةِ الافْتِدَاءِ، وَلاَ يَجُوزُ الطَّلاَقُ بِسُؤَالِهَا، وَيَجُوزُ خُلْعُ الأَجْنَبِيِّ، وَكَذَلِكَ يُطَلَّقُ عَلَى المَوْلَى وَإِنْ كَانَ فِي الحَيْضِ لِلضَّرُورَةِ، وَمَنْ طَلَّقَ فِي حَالِ الحَيْضِ فَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُرَاجِعَهَا حَتَّى تَطْهُرَ ثُمَّ تحيضَ ثُمَّ تَطْهر ثُمَّ يُطَلِّقُهَا إِنْ شَاءَ لِئَلاَّ يَكُونَ الرَّجْعَةُ لِلطَّلاَقِ، وَتَرَدَّدُوا فِي أَنَّهُ هَلْ يُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يُجَامِعَهَا؟ وَقِيلَ: يُرَاجِعُهَا حَتَّى تَطْهُرَ فَيُطَلِّقَ فِي الطُّهرِ الأَوَّلِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه مسألتان:

إحداهما: الطلاق المحرَّم في حال الحَيْض، وهو الطلاق على غيْر مال، أما إذا

= التفسير لا على وجه التلاوة، وقال ابن عبد البرّ: هي قراءة ابن عمر وابن عباس وغيرهما، لكنها شاذة، لكن لصحة إسنادها يحتج بها، وتكون مفسرة لمعنى القراءة المتواترة.

(١) رواه البخاري ومسلم، واللفظ للبخاري، وله عندهما ألفاظ، منها: عند مسلم، وحسبت لها التطليقة التي طلقتها، وفي رواية: فقلت لابن عمر: وحسبت تلك التطليقة؟ قال: فمه، وفي رواية لأبي داود من طريق أبي الزبير عن ابن عمر: فردها علي ولم يرها شيئاً، قال أبو داود: الأحاديث كلها على خلاف هذا، يعني أنها حسبت عليه بتطليقة، وقد رواه البخاري مصرحاً بذلك، ولمسلم نحوه كما تقدم، لكن لم ينفرد أبو الزبير فقد رواه عبد الوهاب الثقفي عن عبيد الله عن نافع: أن ابن عمر قال في الرجل يطلق امرأته وهي حائض، قال ابن عمر: لا يعتد بذلك، أخرجه محمد بن عبد السلام الخشني عن بندار عنه، وإسناده صحيح، لكن يحمل قوله: لا يعتد بذلك على معنى أنه خالف السنّة. لا على معنى أن الطلقة لا تحسب جمعاً بين الروايات القوية، والله أعلم.

(٢) في ب: ذكرناه.

خالع الحائض، أو طلقها على مال، فهو غير مُحَرَّم، واحتج عليه بإطلاق قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، وبأن النبي ـ ﷺ ـ «أَطْلَقَ الإِذْنَ لِثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ فِي الخُلْعِ»[1] على ما بَيَّنَّا في أول «كتاب الخُلْع» من غير بَحْثٍ واستفصال عن حال الزوجة، وليس الحَيْض بأمر نادر الوجود في حقِّ النساء، واختلفوا في المعنى المجوِّز للخُلْع على وجهين:

أحدهما: أن المنع إنما كان محافظةً على جانبِها، لتضررها بتطويل العدة، فإذا اختلعت بنفسها رضيت بتطويل الانتظار.

والثاني: أن بذل المال أشْعَر بقيام الضرورة، أو الحاجة الشديدة إلى الخلاص، وفي مثل هذه لا يحْسُن الأمر بالتأخير ومراقبة الأوقات، وخرَّجوا على المعنيين صورتَيْن:

إحداهما: إذا سألت الطلاق، ورضيَتْ به، من غير مال، فهل يكون بدعيًا؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لرضاها بتطويل العدة.

والثاني: نَعَم؛ لأن تلك الضرورة لم تتحقق، وقوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] ولا يفرِّق بين أن يكون هناك سؤالٌ أو لا يكون، وهذا أظْهَر، وهو المذكور في «التهذيب».

الثانية: في خُلع الأجنبي في الحَيْض وجهان؛ لأنه لم يوجد رضاها بالتطويل، ووجدت الضرورة الداعية إلى بَذْل المال، والأظهر ـ وبه أجاب «القفَّال» ـ وهو المذكور في «التتمة»: أنَّه لا يجُوز؛ لأنَّه لم يوجد منها الرضا بالتطويل، ولم يوجد منها بذل المال المُشْعِر بشدة حاجتها إلى الخلاص، وقضية الأظْهَر في الصورتين تعليلُ جواب خلعها، بمعنى ثالث وهو اقتداء صاحبة الواقعة نفسها بالمال لا مُطْلَق الاقتداء، والمولى إذا طولب بالطلاق، فطَلَّق في زمان الحيض ففي «النهاية» «والوسيط» وغيْرهما: أنَّه لا يكون طلاقه بدعيًا؛ لأنها طالبة له، وراضية له وهو حقٌّ يؤديه عليه؛ لدفع ضرر، وكان يجوز أن يقال هو بدعي، لأنه بالإيذاء والإضرار أحْوَجَها إلى الطَّلَب، وهو غير ملجأ إلى الطلاق، بل هو يتمكن من أن يفي إليها، والمطلوبُ أحد الأمرين من الفيئة أو الطلاق، فلا ضرورة له إلى الطلاق في الحَيْض، وأما الذي ذكَره في الكتاب فهُوَ الطلاق على المولى عند امتناعه ولا شَكَّ في أنه لا يكون بدعيًا، وإن وقع في الحيض، وفي «شرح مختصر الجويني» أن الطلاق إذا رآه الحكمان في صورة الشقاق لا يكون

---

(١) تقدم.

بدعيًّا أيضاً، للحاجة إلى قطع ما بينهما من الشر[(١)] والفساد.

المسألة الثانية: إذا طلق في الحَيْض طلاقاً بدعَيًا، استُحِبَّ له أن يراجعها؛ لما مر، من حديث ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ.

وقال مالك ـ رحمه الله ـ: يجب أن يراجعها، وإذا راجعها، فهل له أن يطلّقها في الطهر التالي لتلك الحيضة؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن إضرار التطويل قد ارتفع، ويستعقب الطلاقُ العدَّةَ المحسوبة، وقد روي في قضية ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ في بعض الروايات أنه ـ ﷺ ـ قَالَ: «مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا حَتَّى تَحِيضَ، ثُمَّ تَطْهُرَ».

وأظهرهما وَهو المذكور في «التتمة»: لا؛ لأنه إن وطئها بعْد ما طهرت، كان

---

(١) وقد تأتي الفرقة منها في صور عدتها اثنتان وعشرون فرقة.
منها: فرقة الطلاق.
ومنها: فرقة الإعسار بالنفقة.
ومنها: فرقة العنة.
ومنها: فرقة الغرور.
ومنها: فرقة الرضاع.
ومنها: فرقة اللمس بالشهوة على قول.
ومنها: فرقة سبي أحد الزوجين أو إسلام أحدهما على تفصيل.
ومنها: فرقة الإسلام على الأختين.
ومنها: فرقة الزيادة على الأربع.
ومنها: فرقة الردة.
ومنها: فرقة اللعان.
ومنها: فرقة ملك أحد الزوجين.
ومنها: فرقة جهل سبق أحد العقدين.
ومنها: فرقة تمجس الكتابية تحت مسلم.
ومنها: فرقة الموت.
ومنها: فرقة الإقرار بشرط مفسد.
ومنها: فرقة الإعسار بالمهر.
ومنها: فرقة الحكمين.
ومنها: فرقة العيب.
ومنها: فرقة العتق.
ومنها: فرقة وطء الأصول أو الفروع بالشبهة.
ومنها: ما لو أقر أن الشاهدين كانا فاسقين عند العقد. الاعتناء بتحقيقنا في كتاب الطلاق.

الطلاق في ذلك الطهر أيضاً بدعيًا، وإن لم يطأها أشْبَهَ أن يكون المقصد من المراجعة مجَرَّدَ الطلاق، وكما يُنْهَىٰ عن النكاح الذي يقصد به الطلاق، يُنْهىٰ التي يَقْصد بها الطلاق، فليمسكْها إلى أن تحيض، وتَطْهُرَ مرَّة أخرى؛ ليتمكن من الاستمتاع في الطهر الأول، ويطلّق[1] في الطهر الثاني، وهذا ما أورده في الرواية المشهُورة في القصَّة على ما قدَّمناها.

وهل يستحب أن يجامعها في ذلك الطهر على هذا الوجه؟ حُكِيَ فيه تردُّد الأصحاب ـ رحمهم الله ـ ليظهر مقصود الرجعة، والأظهر المنع، والاكتفاء بإمكان الاستمتاع، والوجهان في أنه هل يطلّق بعد الطهر التالي لذلك الحيض؟ كأنَّهما في أنَّه هل يتأدَّىٰ به الاستحباب بتمامه، فأمَّا أصل الإباحة فما ينبغي أن يكون في حُصُوله خلاَفٌ، وكذا أصل الاستحباب؛ لأنه يندَفِعُ بذلك إضرار التطويل[2] وليعلَّم قوله في الكتاب «فَيُسْتَحَبُّ أَنْ يراجِعَهَا»[3] بالميم؛ لما ذكرنا من مذْهَب مالك ـ رحمه الله ـ، وذكر الإمام أن المراجعة، وإن كانت مستحبة، فلا ينتهي الأمر فيه إلى أن يقول: تَرْكُ المراجعةِ مكروهٌ[4].

فرع: طلقها في الطُّهْرُ، ثم طلَّقها طلقةً ثانية، وقد حاضَتْ.

قال في «التتمة» يبنى على أنَّها، هل تستأنف العدة إن قلنا: نَعَمْ، فهو بدْعيٌّ، لأن الإضرار قائم، وإن قلنا: لا يستأنف، فوجهان:

أحدهما: أنه بدعي لوقوعه في الحيض.

والثاني: المنع؛ لأن التحريم الإضرار بالتطويل، ولا إضرار ويجري الوجهان فيما إذا طلقها في الحَيْض، ثم طلقها طلقةً أُخْرَىٰ في تلك الحيضة أو في حيضة أخرى، هل تكون الثانية بدعية، وليُعْلَمْ أن الطلاق في النِّفَاس بدعيٌّ، كالطلاق في الحيض؛ لأن المعنى المحرِّمَ شامل[5].

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَلاَ بِدْعَةَ فِي الجَمْعِ بَيْنَ الثَّلاَثِ وَلَكِنَّ الأَوْلَى التَّفْرِيقُ حَذَراً مِنَ

---

(١) في ب: وتظل.

(٢) قال النووي: قد صرح الإمام وغيره، بأن الوجهين في الاستحباب. قال الإمام: قال الجمهور: يستحب أن لا يطلقها فيه، وقال بعضهم: لا بأس به. وأما قول الغزالي في «الوسيط»: هل يجوز أن يطلق في هذا الطهر؟ فيه وجهان، فشاذ أو مؤول، فلا يعتبر بظاهره.

(٣) في ز: إن راجعها.

(٤) قال النووي: في هذا نظر، وينبغي أن يقال: تركها مكروه للحديث الصحيح الوارد فيها، ولدفع الإيذاء.

(٥) بمثل ما رجح المصنف هنا رجح النووي في روضته في كتاب الحيض أن الطلاق في النفاس بدعي خلافاً لما رجحه الرافعي هناك.

النَّدَمِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ مَعَ آخِرِ جُزْءٍ مِنَ الحَيْضِ فَهُوَ بِدْعِيٌّ فِي وَجْهٍ لاقْتِرَانِهِ بِالحَيْضِ وَسُنِّيٌّ مِنْ وَجْهٍ لاسْتِعْقَابِهِ الطُّهرَ المَحْسُوبَ، وَكَذَلِكَ الخِلاَفُ فِي قَوْلِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنَ الطُّهرِ وَلَكِنْ بِالعَكْسِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَهُوَ جَائِزٌ وَإِنْ كَانَ فِي الحَيْضِ لَكِنْ لَوْ دَخَلَتْ وَهِيَ طَاهِرَةٌ يُعَدُّ سُنِّيّاً، وَإِنْ كَانَتْ حَائِضاً يُعَدُّ بِدْعِيّاً فَيُسْتَحَبُّ المُرَاجَعَةُ.

قال الرَّافِعِيُّ: فيه ثلاث صور:

احدهما: لا بدعة في الجمع بين الطلقات الثلاث، خلافاً لأبي حنيفة ومالك، وهو رواية عن أحمد، واحتج الأصحابُ بما روي أن عُويمراً العجلانيَّ لمَّا لاَعَنَ عند رسول الله - ﷺ - قال: «كَذَبْتُ عَلَيْهَا إِنْ أَمْسَكْتُهَا، هِيَ طَالِقٌ ثَلاَثاً»[1]، ولم ينكر النبي - ﷺ.

قالوا: ولو كان حراماً لأنْكرَ عليه، وإن لم يقع الطلاق في تلك الحالة لحصول الفرقة باللِّعَان، لئلا ليأتي بمثله والأولى أن يفرق الطلقات على الأَقْرَاء أو على الأشهر إن لم تكن من ذوات الأقراء، ليتمكن من الرجعة، أو تجديد النكاح إن لحقه ندم، فإن أراد أن يزيد من قرء على طَلْقَة، فرق على الأيام، وعن «شرح التلخيص» وغيره: حكاية وجهين: في أن التفريق، هل هو سُنَّةٌ مع الجزم بأن الجَمْع ليس ببدعة؟.

والظاهر المنع ولك أن تقول: مسألة الجَمْع دخيلةٌ في هذا المَوْضِع، ولو أخَّرها إلى أن يفرغ من الكلام في سببي التحريم جميعاً، لكان أحسن.

الثانية: ولو قال: أنتِ طالقٌ مع آخر حيْضِك، أو مع آخر جُزْء من أجزاء حيضك فوجهان: **أحدهما:** أنه يقع بدعياً لاقترانه بالحَيْض.

وأظهرهما أنَّه يقع سنيًّا؛ لاستعقابه الطهر المحسوبَ، والشروع في العدة.

ولو قال: أنتِ طالقٌ مع آخر جزء من الطهر، ولم يطأها في ذلك الطهر، فإن قلْنا: الانتقال من الطهر إلى الحيض قُرْء، فهو سنِّيٌّ؛ لمصادفته الطهْر والشروع في العدة عقبيه، وإن لم نجعلْه قرءً انعكس الوجهان السابقان، إن وقع بدعيًا وهو الأصحُّ، ويُحْكَى عن نصه في «الأم» وعن ابن سُرَيْج: أنه يقع في الصورتين بدعيّاً؛ أخْذاً بالأغلظ، ولو قال في الصورتين: بدل «مع» في آخر جزء من كذا ففي «التتمة» القطْع بأنه إذا قال: في آخر جزء من الحيض يقعُ بدعياً وإذا قال في آخر جزْء من الطهر، يقع سنيًّا، وخصَّص الخلاف بما إذا كان المستعمل لفظ «مع» ولم يفرق الأكثرون بينهما؛

---

(١) سيأتي في اللعان.

لأن الوقوع إذا حَصَل مقارناً للجزء الأخير، لم يفترق الحال بيْن أن يعبِّر عنه بهذا أو بهذا؛ وعلى هذا يستمر لفظ الكتاب، فإن المذكور في الصورة الأولى «مع»، وفي الثانية «في».

الثالثة: تعليق الطلاق بالدخول وسائر الصفات ليس ببدعي، وإن اتفق الحيض؛ لأنَّه لا إضرار فيه في الحال، ولكن ينظر إلى وقْت وقوع الطلاق، فإن وجَدَتِ الصِّفَة، وهي طاهرٌ، نفذ سُنِّيًا، وإن وجدَتْ، وهي حائضٌ، نفذ بدعيًا حتى يستحب له الرجعة، ويُمْكِن أن يقال: إذا تعلَّقَت الصفة باختياره، أثِمَ[1] بإيقاعه في حالة الحَيْض.

وعن «القَفَّال»: أن نفس التعليق بدْعةٌ؛ لأنه لا يدري الحال، وقت الوقوع فلتحت فلتحترز عما عساه يقع إضراراً ولا ضرورة[2] إلَيْه.

ولو قال لذات الأقراء: أنتِ طالقٌ إن دخلْتِ الدار للسُّنَّة، أو إذا قدم فلان للسُّنَّة، أو قال: إذا جاء رأس الشهر، فأنتِ طالقٌ للسُّنَّة، فإن وجد الشرط وهي في حال السُّنَّة، طلِّقَت، وإن وجد، وهي في حال البدعة، لم تُطَلَّق، حتى ينتهي إلى حال السُّنَّة، فحينئذٍ تُطلَّق؛ لأن الطلاق متعلِّق بالأمرين، فلا بدّ من حصولهما، وكذا لو قال: إن دخلْتِ الدار، فأنتِ طالقٌ للبدعة، فإن دخلت الدَّار في حال البِدْعَة، طُلِّقَت، وإن دخلَتْ في حال السُّنَّة، لم تُطَلَّق، حتى تنتهي إلى حال البِدْعَة.

ولو قال لغير المَدْخُول بها أو غيرها من اللواتي لا ينقسم طلاقُهن إلى السني والبدعي: أنْتِ طالقٌ إن دخلْتِ الدار، أو قدم فلان للسُّنَّة، ثم تغيَّر حالُها، فصارَتْ ممَّن ينقسم طلاقها إلى السُّنِّيِّ والبدعِّي، ثم وجد الشرط المعلَّق عليه، فإن وُجِدَ في حال السنة، وقع الطَّلاقُ، وإن وُجِدَ في حال البدعة، لم يقع الطلاق حتى يصير إلى حال السنّة؛ لأن الاعتبار بوقْت وجود الشَّرْط ووقوع الطلاق، لا بوقت التعليق، ولو وجد الشرط قبْل أن يتغير حالُها طُلِّقَتْ لأنَّه لا سنّة في طلاقها.

فرع: إذا علق الطلاق بما يتعلق باختيارها، وأتَتْ به مختارةً فيمكن أن يقال: هو كما إذا طلقها بسؤالها.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (السَّبَبُ الثَّانِي: إِمْكَانُ الحَمْلِ): وَالطَّلاَقُ فِي طُهْرٍ جَامَعَهَا فِيهِ أَوِ

---

(١) في ز: أثمر.

(٢) قال النووي: قوله أولاً: وإن وجدت في الحيض نفذ بدعياً، معناه يسمى بدعياً وترتب عليه أحكام البدعي، إلا أنه لا إثم فيه باتفاق الأصحاب في كل الطرق، إلا ما حكاه عن القفال، وقد أطنب الإمام في تغليط القفال في هذا وقال: هذا في حكم الهجوم على ما اتفق عليه الأولون، فلم يحرم أحد تعليق الطلاق.

اَسْتَدْخَلَتْ مَاءَهُ بِدْعِيٌّ، فَإِنْ ظَهَرَ كَوْنُهَا حَامِلاً لَمْ يَكُنْ بِدْعِياً لأَنَّهُ طَلَّقَ عَلَى ثِقَةٍ مِنْ نَفْسِهِ، وَلَوْ وَطِئَهَا فِي الحَيْضِ ثُمَّ طَلَّقَهَا قِيلَ: لاَ يَحْرُمُ لأَنَّ بَقِيَّةَ الحَيْضِ تَدُلُّ عَلَى البرَاءَةِ، وَقِيلَ بِالتَّحْرِيمِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لاَ بِدْعَةَ فِي خُلْعِهَا، وَقِيلَ: يَحْرُمُ لأَنَّ أَمَدَ الحَمْلِ لاَ يَتَعَلَّقُ بِرِضَاهَا وَالعِدَّةُ حَقُّهَا فَيَجُوزُ أَنْ تَتَأَثَّر بِرِضَاهَا، وَالآيِسَةُ وَالصَّغِيرَةُ وَغَيْرُ المَمْسُوسَةِ وَالحَامِلُ بِيَقِينٍ لاَ بِدْعَةَ فِي طَلاَقِهِنَّ أَصْلاً.

قال الرَّافِعِيُّ: فرَّغنا عن الكلام في أحد سببي تحريم الطلاق.

والثاني: إذا جامَع امرأته في طُهرها، وهي ممن تحبل، ولم يَظْهَرْ حَمْلُها، حَرُم أن يطلِّقها في ذلك الطهر؛ لما رُوِيَ أنَّه ـ ﷺ ـ قال في قصة ابن عُمَرَ ـ رضي الله عنهما ـ: «ثُمَّ إِنْ شَاءَ طَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ يَمَسَّهَا»؛ ولأنه ربما يندم على الطلاق لو ظهر الحَمْل، فإن الإنسان قد يطلق الحامل وإذا ندم، فقد لا يتيسر التدارك، فيتضرر الوالد ويتبرأ من الوَلَد؛ ولأنَّ عدتها لو كانت حاملاً تكون بوضع الحمل، ولو كانت حائلاً تكون بالأقْراء، وربما يلتبس الأمر وتبقى مرتابةً، فلا يتهيأ لها الزوج، واستدخالها ماءه كالوطىء؛ لاحتمال الحَمْل منه، ولو أتاها على غيْر المأتي، ففيه تردُّد للشيخ أَبي عليٍّ، والأصح: أنه يوجب تحريم الطلاق، كما يثبت به النسب، وتجب العدة، وإن ظَهَر بها الحَمْل لم يكن طلاقها بدعياً؛ لأنه إذا طلقها على علْم بالحال ووثوق بالولد، فقد وطَّن نفسه على الفراق مع حصُول الولد وبَعُدَ عروض الندم، ولو وطئها في الحيض، فطهرت ثم طلقها، فوجهان:

أحدهما: أنه لا تحرم؛ لأن لبقية الحيض إشعاراً بالبراءة.

وأظهرهما: تحرم ـ به قال الشيخ أبو علي ـ وهو المذكور في «التتمة»؛ لاحتمال العلوق في الحيض، وكون البقية مما دفعتْه الطبيعة أولاً وتهيأ للخروج، ولو خالع الممسوسة في الطهر الذي جامعها فيه أو طلقها على مال لم يكن بدعيّاً، كما ذكَرْنا في خُلْع الحائض ويدل عليه قصَّة ثَابِتِ بْن قيس؛ فإنه أطلق الإذن، ولم يستفصل مع أن الطهر والجماع غير بعيد، وأيضاً فأخذ المال يؤكد داعيَةَ الفراق، ويبعد احتمال الندم، وفيه وجه أن الخُلْع حرامٌ ها هنا، كالطلاق مجاناً، بخلاف الطلاق في الحيض؛ فإن المنع ها هنا لرعاية أمر الولد؛ فلا يؤثر رضاها فيه، والمنع هناك؛ لما فيه من تطْويل العدَّة، فإذا رضِيَتْ أثَّر في ارتفاع المنع، ويستحب المراجعةُ بعد الطلاق ها هنا، كما ذكَرْنا في السبب الأول، ثم إنْ راجَعَها ووطئها في بقيَّة الطهر، ثم حاضَتْ وطهُرَت، فله أن يطلِّقها، وإن لم يراجعْها حتَّى انقضى ذلك الطُّهْر أو لم يطأها فيه، فلا ينبغي أن يطلِّق في الطهر الثاني؛ لئلا تكون الرجعة للطلاق، وحكى الحناطي وجْهاً: أنه لا يستحب المراجعة ها هنا؛ ولا[1] يتأكد الاستحبابُ تأكُّده في طلاق الحائض؛ وإذا

عَرَفْتَ ما ذكَرْنا من السببين المحرِّمَيْن سهُل العلْم بأن الآيسة، والصغيرة، وغير الممسوسة، والتي ظهر حملها لا بدعة في طلاقهن أصْلاً؛ أما الآيسة والصغيرة؛ فلأن عدتهما بالأشهر فلا يُعتبر بها طول ولا قصر، وإذا لم يكن لهما حيْض، لم يكن حمل حتى يؤثر المعنى الثاني، [و][1] أما غير المدخول بها فلا عدَّة عليها، ولا ولد لها، وأما التي ظهر حملها فعدَّتُها بوضع الحَمْل، ولا تختلف المدَّة في حقِّها، ولا يعرض الندم بسبب الولد، على ما تبين ولا فَرْق بين أن ترى الدم، أو لا تراه ولا إذا رأته بين أن تجْعَلَه حيْضاً أو لا تجعلَهُ حيْضاً.

وعن أبي إسحاق: أنها لو كانت ترى الدم، وجعلناه حيْضاً، فقال لها: أنتِ طالقٌ للسُّنَّة، لا يقع عليها الطلاق، حتى تطهر، وعلى هذا: فللحامل حالُ بدعة، كما للحائل، والمشهور الأوَّل، وقد اشتهر في كلام الأصْحَاب أن الأرْبَع المذكوراتِ لا سنَّة في طلاقهن ولا بدعة، وذلك للعبارات السابقات في تفسير السني والبدْعِيِّ، وفي معناها ما ذكر أبو الحسن علي بْن أحمد بْن خيران في مختَصَر له مترجم بـ«اللطيف» أن السني طلاقُ المدخول بها في طُهْر لم يجامعها فيه، وليس هناك حيْضٌ ولا نِفَاس ولا حمل، والبدْعيُّ أن يطلِّقها، وهي حائض أو نفساء أو في طهر جامعها فيه، وربما أفهم كلامهم أنَّهم يعنون بقولهم: لا سُنَّة ولا بدْعَة في طلاقهن: أنه لا يجتمع في طلاقهن حالتا السنة والبدعة، حتى يكون مرة سُنِّيّاً ومرة بدعيًا، بل لا يكون طلاقهن إلاَّ سنياً وعلى هذا يستمر تفسير السني بالجائز والبدعي بالمحرم، ويغني ذلك عن التفاسير المقيّدة والمطلقة.

وقوله في الكتاب «السَّبَبُ الثَّانِي إِمْكَانُ الحَمْلِ» يبين أنه لا يعتبر خصوص الوَطْء، ولا كونه في الطهر، وإنما المعتبر أن يحدث ما يتوقع منه الحمل، فيدخل فيه اسْتِدْخَال الماء، وكذا الوطء في الدبر على الأصَحِّ، كما مر، ولمتأمل أن يقول: لا يعتبر في السبب الأول أيضاً خصوصُ الوقوع في الحيض، وإنما المعتبر أن تطُولَ المدَّة، ولا يستعقب الطلاق كفر عين أوردهما صاحب «التتمة» وغيره.

أحدهما: إذا نكح حاملاً من الزنا، ووطئها وطلقها، فعن ابن الحدَّاد: أنه يكون الطلاق بدعيًا؛ لأن العدة تقع بعد وضع الحمل، والنقاء من النفاس، ولا يشرع، عقيب الطلاق في العدة.

والثاني: إذا وُطِئَتِ المنكوحة بالشبهة، وحبلت منه، وطلَّقها زوْجُها، وهي طاهر فالطلاق بدعيٌّ؛ لأنها لا تشرع عقيبه في العدة، وكذا لو لم تَحْبَل، وشرعت في عدة الشبهة فطلقها وقدمنا عدة الشبهة، وفيه وجه آخر: أن الطلاق لا يكون بدعيًا؛ لأنه لم

(١) في ب: إذلا. (٢) سقط في ز.

يوجَدْ منه إضرارٌ وتعطيلُ الزمان عليها، وإنما انصرف الزمان إلى حقٍّ واجبٍ عليها، ورد صاحب [التتمة] ترجيح هذَا الوَجْه فيما إذا لم تحْبَل، وترجيح الأول فيما إذا حَبِلَتْ؛ لأن زمان النفاس تعطل عليها، ولا يحسب عن واحدة من العدتين.

وقوله في الكتاب «والحامل بيقين» لفظ «اليقين» محمول على الظن الغالب، وكيف لا، وقد اشتهر الخِلاَفُ في أن الحَمْل هل يعلم، وليعلَّم بالواو ولما حكي عن أبي إسحاق.

فرْعٌ: وطلَّقَها في طهر لم يجامعها فيه، ثم راجَعَها، فله أن يطلِّقها، وعن حكاية القاضي الحسين وجْه بعيدٌ: أنه يكون بدعياً؛ لئلا تكون الرجعة للطلاق، وهذا سبب ثالث للتحريم على هذا الوجه[1].

فرْعٌ: لا تنقسم الفسوخ إلى سنيَّة وبدعيَّة؛ لأنها مشروعة؛ لدفع مضارَّ نادرةٍ، ولا يليق بِها تكاليف مراقبة الأوقات[2].

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الفَصْلُ الثَّانِي فِي التَّعْلِيقِ بِالسُّنَّةِ وَالبِدْعَةِ): وَفِيهِ مَسَائِلُ: (الأُولَى):

---

(١) تقدم أن الأسباب ثلاثة، فعلى هذا تكون الأسباب أربعة على هذا الوجه، واعلم أن الشيخ الإمام البلقيني ذكر هنا شيئاً غير مسلم، فلنذكره ليعلم حاله، ولا يقدح ذلك في جلالة قدر الشيخ وكثرة اطلاعه، قال الشيخ: إما أن يكون هذا الوجه في طلاقها في ذلك الطهر الذي راجعها فيه أو في الذي بعده، فإن كان في ذلك الطهر فلا خلاف في التحريم بقيام السبب المقتضي للتحريم.

قال الشيخ ولي الدين العراقي: هذا سهو لم يقع من الشيخ عن قصد وكأنه سبق الذهن إلى أنه جامعها في ذلك الطهر.

ثم قال الشيخ: وإن كان في الطهر الثاني فإن كان قد جامعها في الطهر الأول بعد الرجعة، فلا يأتي الخلاف، بل يحرم قطعاً.

قال الشيخ ولي الدين: ينبغي ألاَّ يحرم قطعاً؛ لأنه طلاق في طهر لم يجامعها فيه ولا في الحيض الذي قبله، ثم قال الشيخ: وإن كان لم يجامعها في الطهر الذي يراجعها فيه ولا في الطهر الذي بعده، فحكاية الوجه حينئذٍ يرد على ما سبق من الرد على ما في الوسيط فيما إذا راجعها في صورة الحيض، ثم طلقها في الطهر الذي يليه وفي الفرق نظر.

قال الشيخ ولي الدين: صورة المسألة أنه طلقها في ذلك الطهر لا في الذي يليه وعلته ما ذكره من أنه تصير الرجعة للطلاق. انتهى.

وما حرره الشيخ ولي الدين ظاهر جلي.

(٢) قال النووي: ومما يتعلق بهذا، لو أعتق أم ولده، أو أمته الموطوءة في الحيض، لا يكون بدعياً، وإن طال زمن الاستبراء، لأن مصلحة تنجيز العتق أعظم، ذكره إبراهيم المروذي. ولو قسم لإحدى زوجتيه، ثم طلق الأخرى قبل قسمها، أثم، وهذا سبب آخر لتحريم الطلاق، وسبقت المسألة في كتاب القسم.

إذَا قَالَ لِلحَائِضِ: أَنتِ طَالِقٌ لِلبِدْعةِ طُلِّقَتْ فِي الحَالِ، وَلَوْ قَالَ: لِلسُّنَّةِ لَمْ تُطَلَّقْ حَتَّى تَطْهُرَ، وَلَوْ قَالَ لِلطَّاهِرِ: أَنْتِ طَالِقٌ لِلسُّنَّةِ وَقَعَ فِي الحَالِ، وَإِنْ قَالَ: لِلبِدْعَةِ فَإِذَا جَامَعَهَا أَوْ حَاضَتْ طُلِّقَتْ، وَاللاَّمُ فِيمَا يُنْتَظَرُ لِلتَّأْقِيتِ كَقَوْلِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ لِرَمَضَانَ، بِخِلاَفِ قَوْلِهِ: أَنتِ طَالِقٌ لِرِضَاءِ فُلاَنٍ فَإِنَّهُ لِلتَّعْلِيلِ فَيَقَعُ فِي الحَالِ وَإِنْ سَخِطَ فُلاَنٌ، فَلَوْ قَالَ: أردتُ التَّأْقِيتَ يَدينُ بَاطِناً، وَهَلْ يُقْبَلُ ظَاهِراً؟ فِيهِ وَجْهَانِ، فَلَوْ قَالَ لِصَغِيرَةٍ أَوْ غَيرِ مَمْسُوسَةٍ: أَنْتِ طَالِقٌ لِلسُّنَّةِ أَوْ لِلبِدْعَةِ وَقَعَ فِي الحَالِ، وَكَأَنَّ اللاَّمَ لِلتَّعْلِيلِ وَسَقَطَ قَوْلُهُ، وَقِيلَ: لاَ يَقَعُ المُضَافُ إِلَى البِدْعَةِ حَتَّى يَدْخُلَ بِهَا وَتَحِيضَ، وَإِنْ قَالَ: لِلسُّنَّةِ يَقَعُ فِي الحَالِ؛ لأَنَّ السُّنَّةَ طَلاَقٌ لا تَحْرِيمَ فِيهِ.

قال الرَّافِعِيُّ: تَرْجَمَ الفصل بالتعليق بالسنَّة والبدعة، والمشهور من معنى التعليق ما يقابل التخيير، ولا ينبغي أن يحمل اللفظ عَلَيْه؛ لأن مسائل الفصل لا تنحصر في التعليقات، بل هي مختلطة، ألا تَرَى أنه إذا قال: أنتِ طالقٌ للبدعة، وهي حائضٌ يقع الطلاق في الحَال؛ ولا يتوقَّف على شيْء وإنَّما المراد تعليق لفظ الطلاق بالسنة أو البدعة، وإضافته إليهما، أو أحدهما، ويوضِّحه أن الترجمة في «الوسيط» إضافةُ الطلاق إلى السُّنَّة والبدْعَة تنجيزاً أو تعليقاً، ويشتمل الفصل على مسائل:

منْها إذا قال للحائض أو النفساء: أنتِ طالقٌ للبدعة، وقع الطلاق في الحال، وإن قال: للسنة، لم يقَع الطلاق، حتى تطْهر، ولا يتوقَّف على الاغتسال. وقال أبو حنيفة: إن كان الانقطاع لأكْثَرِ الحيض، فكذلَكَ وإن كان لما دُونَه، فلا يقع، حتى تغتسل أو تتيمم؛ لفقد الماء، أو يمضي عليه وقت صلاة، ولو وَطِئَهَا في آخِرِ الحَيْض، واستدام إلى انقطاع الدَّم لم يقَع الطلاق؛ لاقتران أول الطُّهر بالجماع، وكذا يكون الحكم إذا لم يستدم، إن فرَّعنا على الأظهر؛ وهو أنه إذا وطىء في الحيض ثم طلَّق في الطُّهر الذي يليه، يكُون الطلاَق بدعيّاً، ولو قال للطاهر أنتِ طالقٌ للسنة، فإن لم يجامعْها في ذلك الطهر، وقع في الحال وإن جامَعَها فيه، فلا يقع، حتى تحيض، ثم تطهر، ولو قال لها: أنتِ طالقٌ للبدْعَة، فإن كان قد جامعها في ذلك الطُّهْر، وقَع الطلاق في الحال، وإن لم يجامعها، فكما حاضت طُلِّقت، قال في «التتمة»: ويحكم بوقوع الطلاق بظهور أول الدَّم، وإن انقطع قبْل أن يبلغ أقلَّ الحيض، بَانَ أنَّه لم يقَعْ، ويشبه أن يجيْء فيه الخلاف المذكور فيما إذا قال لها: إن حِضتِ فأنت طالق، أنها تطلَّق برؤية الدم أو لا تطلق إلاَّ إذا مضى أقل الحيْض، ولو جامَعَها قبْل الحيض، فكما غيَّبَ الحَشَفَة، وقع الطلاق، ووجَب عليه النزع، وإن نزع، وعاد، فهو كابتداء الوطء بعْد الطَّلاق، وإن استدام، ولم ينزع، فإن كان الطلاق رجعيًا، فلا حد، وإن كان قد علَّق ثلاث طلقاتٍ،

فكذلك؛ لأن ابتداءه مبَاحٌ، وفيه وجه: أنه يجِبُ إذا كان عالماً بالتحريم، وهل يجب المهر؟ حكمه حكم ما لو قال إن وطئْتُكِ، فأنت طالقٌ ثلاثاً، فغيب الحشفة، واستدام، وهذه الصورة قد ذكرناها في «الصوم»، وبيَّنا أن الأصحَّ أنه لا مَهْر؛ لأن مهر النكاح يتناول أوَّل هذا الوطء، فلا يجب به شَيْء آخر، وادعى صاحب «العُدَّة» أن ظاهر المذهب الوجُوبُ.

وقوله في الكتاب: «واللام فيما ينتظر للتأْقِيتِ» معناه: أن اللاَّم في قوله «للسُّنَّة» إذا لم يكن الحال حال السُّنة، وفي قوله: «للبِدْعة» إذا لم يكن الحال حال البدعة تحمل على التأقيت، لأنهما حالتان منتظرتان يتعاقبان على المرأة تعاقُبَ الأيام والليالي، وتتكرران بتكرر الأسابيع والشهور، فأشبه ما إذا قال: أنت طالِقٌ لرمضان، ومعناه ومفهومه: إذا جاء رمضانُ فأنتِ طالقٌ، نعم إذا دخل حرف اللام على ما لا يُنْتَظَر مجيئه وذهابه، فهو للتعليل، وذلك مثل أن يقول أنتِ طالقٌ لفلان أو لرضاء فلان، فيقع في الحال رَضِيَ أم سَخِطَ[1]، والمعنى فعلت هذا ليرضى، وعن ابن خيران أن فيما نقل الحناطي: أنه إنما يقع في الحال إذا نوى التعليل، أما إذا طلَّق ولم تكُنْ له نية، فإنما يقع إذا رضِيَ فلان، كما في قوله: أنتِ طالقٌ للسُّنَّة، والمشهور والمنصوص الأول، ونُزِّلَ ذلك منزلة قَوْل القائل: أنْت حُرٌّ، إن شاء الله لوجه الله، وحيث يُحْمَل على التعليل، فلو قال: أردتُ التأقيت والتعليق، فيقبل في الباطن، ويدين، وهل يقبل في الظاهر؟ فيه وجْهَان، سيأتي نظائِرُهما، والأصحُّ المَنْع ولو قال: أنتِ طالقٌ برضا فلان، أو بِقُدومه، فهو تعليقٌ كقوله: إن رضي [فلان][2] أو قدم، قاله صاحب «التهذيب» [وحيث][3] حملنا قولَهُ للسُّنَّة أو للبدعة على الحال المنتظرة، فلو قال: أردتّ الإِيقاع في الحال، وقَع؛ فإنَّه غير متهم فيما يُقِرُّ على نفسه، من تغليظ، وهو كما لو قال: أنتِ طالقٌ إن دخلْتِ الدار، وقال: أردتُ الإِيقاع في الحال، وسبَقَ لساني إلى ذكْر الدخول.

وقول القائل: أنتِ طالقٌ لا للسنة، كقوله: للبِدْعَة، وقولُه: لا للبدعة، كقوله:

---

(١) قال في الخادم: حاصله أن اللام تجيء للتأقيت والتعليل، والضابط أنها إن دخلت على ما ينتظر مجيئه وذهابه فللتأقيت نحو أنتِ طالقٌ لرمضان أن تكون بمعنى عند، وإن دخلت على ما ينتظر مجيئه وذهابه فللتعليل، وهذا مستمد من كلام الإمام فإنه قال في الأم في الأوقات محمولة على التأقيت بالاتفاق، فإذا قال أنتِ طالقٌ لهلال رمضان، فهو بمثابة إذا استهل رمضان فأنتِ طالقٌ، وهذا شائع في لغة الفصحاء، وينضم إليه أن تخيل التعليل بالأوقات بعيد عن الفهم. انتهى.
وقال الشيخ البلقيني: الذي جزم به الشيخ أبو حامد في الرجعة في الكلام على قول الشافعي في الأم راجعتك للمحبة أنه يقبل منه ظاهراً وله شاهد من قوله له راجعتك للمحبة، وذكر أنه أراد عن الرجعة.

(٢) سقط في ز. (٣) سقط في ز.

للسنة، وقولُه: أنتِ طالق [سنة] الطلاقِ، أو طلقةً سُنِّيَّة كقوله: أنتِ طالقٌ للسنّة، وقولُه: بدعة الطلاق أو طلقة بدعية: كقوله للبدعة.

ولو قال: إن كان يقع عَلَيْكِ في هذا الوقت طلاق السنة فأنتِ طالقٌ، فإن كانت في حال السُّنَّة طُلِّقت، وإلاَّ لم تُطَلَّق لا في الحال؛ ولا إذا سارت في حال السُّنة؛ لأن الشرط لم يحصُلْ، وكذا لو قال: أنتِ طالقٌ للسنة، إذا قدم فلان، وأنت طاهرٌ، إذا قدم وهي طاهر طلِّقت للسنة، وإلا لم تُطلَّق لا في الحال ولا[1] إذا طَهُرت.

وجميع ما ذكَرْنا فيما إذا كان الخِطَاب مع امرأة يقع في طلاقها السنيُّ والبدعي، أما اللواتي لا ينقسم طلاقُهُن إلى سنِّيٍّ وبدْعِيٍّ، فإذا قال: لصغيرة ممسوسة أو لصغيرة أو كبيرة غير ممسوسة: أنْتِ طالقٌ للسنّة، وقع في الحال ووجه ذلك من وجهين:

أحدهما: أنه لَيْس في طلاقها سنَّةٌ ولا بدعة، والتقريب بعد ذلك من وجهين:

أحدهما: أنه يَلْغُو ذكر الوصف بالسنة والبدعة، ويبقى أصل الطلاق.

والثاني: أنَّه إذا لَمْ يكن لها حالتا سنة ولا بدعة ينتظران، لتعاقبهما، كأن اللام للتعليل، وكأنَّه قال: طلقْتُكِ ليكون طلاقي سُنّيّاً، وإنما يعمل «اللام» على التأقيت فيما يشبه الأوْقَات ذَهَاباً ومجيئاً، وعلى هذا فلو قال: أردتُّ التأقيت، فعلى ما ذكرنا في قَوْله: أنْتِ طالقٌ لرضا فلان.

والثاني: أن السنيّ طلاقٌ لا تحريم فيه، وأنه كذلك، وهذا مبني على تفسير السني بالجائز، والأول مبني على غيره من التفاسير، ولو قال: أنْتِ طالقٌ للبدعة، فالظاهر أنَّها تُطلَّق أيضاً؛ لعدم اعتوار الحالين، وعن حكاية الشيخ أبي علي وَجْه: أنه تحمَل اللام على التأقيت، ويُنْتَظَر حالة التحريم بأن تحيض الصغيرةُ، ويدخل بغَيْر الممسوسة، أو تحيض وفي «شرح مختصر» الجُوَيْنيِّ، و «الرقم» للعبادي: أن ابن القطّان روي عن أبي حفص بن الوكيل أن الطّلاق لا يقع؛ لتعلُّقه بصفة لا توجد، فأشْبَه ما إذا قال: أنتِ طالقٌ إن صعدت السماء، وهذا يَطَّرِدُ في قوله للسنّة، وقوله للبدعة وليعلَّم قوله في الكتاب «وَقَعَ فِي الحَالِ» [بالواو؛ لهذا الوَجْه فإن على هذا الوجه لا يقع في الحال ولا من بعْدُ، ويجوز أن يعاد على قولِه في الوجه الثاني «يقع في الحال»] وقوله «وَسَقط قوله» أي فيما يتعلَّق بالوصْف بالسنة والبدعة، وقوله «حَتَّى يَدْخُلَ بِهَا» يعني غير الممسوسة.

وقوله: «وتَحِيض» أي الصغيرة، أو الوجهان المذكوران متفقان على وُقوع الطلاق

---

(١) في ز: إلا.

في الحال، إذا قال لها: أنتِ طالقٌ للسنّة، وإن اختلف التوجيه، والخلاف فيما إذا قال: أنتِ طالقٌ للبدعة.

ولو صرَّح بالوقت، فقال لها: أنتِ طالقٌ لوقْتِ السنّة أو لوقت البدعة، قال في «البسيط» [إن] لم ينوِ شيئاً، فالظاهر وقُوع الطّلاق في الحال أيضاً، وإن قال: أردتُّ التأقيت المنتظَرَ، فيحتمل أن يقبل؛ لأن تصريحه بالوقت يكاد يلحقه بالمواقيت، ولا نقل[1] فيه.

ولو قال: أنتِ طالقٌ لا للسنّة ولا للبدعة، وقَعَ الطلاق في الحال، أما إذا لم تكُنْ متعرِّضة للسنّة والبدعة، فحَالُهَا ما عَبَّرَ عنه، وأما إذا كانَتْ متعرِّضة لهما؛ فلأن الوصفَيْن لا ينتفيان[2] فيلغو ذلك، ويبقى أصل الطلاق، وكذا الحُكْم لو قال: أنْتِ طالقٌ طلقةً سنيةً بدعيةً؛ لأن الوصفين لا يجتمعان.

فَرْعٌ: لو قال لها في زمان البِدْعَة: أنتِ طالقٌ طلاقاً سُنِّيّاً، أو في زمان السنة أنتِ طالِقٌ طلاقاً بدعيًا، ونوى الوقوع في الحال قال في «التتمة»: لا يقع الطلاق؛ لأن النية إنما تعمل فيما يحتمله اللفظ، لا فيما يخالفه صريحاً وإذا تنافَيَا نُلْغِي النِّيَّةَ ونعمل باللفظ لأنه أقوى ولو قال: أنْتِ طالقٌ الآن طلاقاً سُنِّيّاً، والحال حال البدعة، يقع الطلاق في الحال، اعتباراً بالإِشَارة إلَى الوَقْت ويلغو اللفظ. واللَّهُ أعلم.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الثَّانِيَةُ): إِذَا قَالَ للطَّاهِرَة: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاَثاً بَعْضُهُنَّ لِلسُّنَّةِ وَبَعْضُهُنَّ لِلبِدْعَةِ يُحْمَلُ عَلَى التَّشْطِيرِ مُطْلَقُهُ فَيَقَعُ فِي الحَالِ طَلْقَةٌ وَنِصْفٌ لِتَكْمُلَ فِي الحَالِ طَلْقَتَيْنِ، وَقَالَ المُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: تَقَعُ وَاحِدَةٌ لأَنَّ البَعْضَ مُجْمَلٌ وَأَقَلُّهُ الوَاحِدُ فَيَنْزِلُ عَلَيْهِ، وَلَو قَالَ:

---

(١) في ب: يقبل.

(٢) لفظاً، وكذا لو قال طلقة سنّية بدعية.

قال الشيخ البلقيني: قوله: في الروضة «فالوصفان متنافيان» ليس بمستقيم؛ لأن هذا إنما يصلح في حالة الإثبات بأن يقول أنتِ طالقٌ طلقة سنّية بدعية.

أما هذا فتعليله ماذكره هنا، وكذا الحكم لو قال أنتِ طالقٌ طلقة سنّية وبدعية؛ لأن الوصفين لا يجتمعان وعندي يتحرج علي ألا يقع الطلاق على ذات السنّة والبدعة حتى تصل إلى ملك الحال بأن يستبين حملها أو تصير آيسة وهو نظير ما حكاه الشيخ أبو علي في قوله لغير ذات السنّة والبدعة أنتِ طالقٌ للبدعة.

وقال الشيخ أيضاً: وينبغي أن يأتي قوله لذات السنّة والبدعة أنتِ طالقٌ لا للسنّة ولا للبدعة غداً وأنت طالق طلقة سنّية بدعية وجه ابن الوكيل في عدم الوقوع الذي حكاه الرافعي في الفرع قبله، وقد أفتى القاضي الحسين-في من قال لزوجته طلقتكِ طلقة رجعية، وكانت غير مدخول بها أو كانت ثالثة، أن الطلاق لا يقع؛ لأنه وصفه بصفة لا توجد في المرأة المذكورة، فلم يقع، وما أفتى به القاضي مخالف للصواب وإنما سقناه شاهداً للوجه الذي أثبتناه.

أَرَدت فِي الحَالِ ثَلاثَةَ أَنْصَافٍ كَمُلَ الثَّلاَثُ فِي الحَالِ، وَلَوْ قَالَ: أَرَدتُ وَاحِدَةً فِي الحَالِ وَثِنْتَيْنِ فِي الاسْتِقْبَالِ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يُقْبَلُ، وَقِيلَ: لاَ يُقْبَلُ لأَنَّ الثِّنْتَيْنِ بَعْضاً بَعِيدٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا قال لامرأته: أنتِ طالقٌ ثلاثاً بعضهن للسنة، وبعضهن للبدعة، وهي من ذوات الأقراء، فيُنْظَر إن أطْلَق، ولم يَنْو شيئاً فالنصُّ أنّه يحمل على التشطير، فتكون حصّة الحال طلقةً ونصْفَ طلقة، أو بعض الطلاق يُكَمّل، فيقع في الحال طلقتان، فإذا صارت إلى الحالة الأخرى وقعتِ الطلقة الباقية، ووجْه ذلك بأن الشَّيْء إذا أُضِيفَ إلى جهتَيْن بلفظ البَعْض لزمت التسوية؛ ألا ترى أنّه لو قال: هذه الدار بعضها لزَيْدٍ، وبعضها لعَمْرٍو يحمل إقراره على التشطير، إذا لم تكن له بينة، وذكر المزنيُّ: أنه يقع في الحال طلقةٌ، وتتأخر الطلقتان إلى الاستقبال، لأن لَفْظ البَعْض يقع على القليل والكثير، فالمستيقن وقُوع الواحدة، وجعَل الحناطي والإمَام هذا وجْهاً في المَذْهَب، ولم يعدُّوه من تفردات المزنيّ، ومن صار إلَيْه لا يكاد يُسَلِّم مسألة الإقرار، ويقول بأنه مُجْمَل يرجع إليه فيه، ونقل الحناطي وجْهاً ثالثاً: وهو أنه تقع الثلاث في الحال؛ حمْلاً على إيقاع بَعْض من كل طلقة في الحال، وإن قال: أردتُ إيقاع بَعْضٍ مِنْ كل طلقة في الحال، وقَع الثَّلاَثُ في الحال، وإن قال: أردتُ التشطير قُبل، ووقع في الحال طلقتان.

[وفي الاستقبال الطلقة الثالثة، وإن قال: أردتُ في الحال طلقتان]، وفي الاستقبال طلقة قبل، وحكم بمقتضاه، وإن عكس وقال أردتُ في الحال طلقة وفي الاستقبال طلقتين، فوجهان: **أحدهما**: وبه قال ابن أبي هريرة: أنه لا يقبل؛ لأنَّهُ يُؤَخِّر طلقةً يقتضي الإِطْلاَقُ تعجيلَها، كما لو قال: أنتِ طالقٌ، ثم قال: أردتُ إن دخلتِ الدار.

وأصحُّهما ـ ويُحْكَى عن نصّه، واختيار أبي إسحاق ـ: أنه يقبل، ويحكم بموجب قوله؛ لأن اسم البَعْض يقع على القليل والكثير من الأجزاء، وربّما عُلل الوجْه الأول بأن تسمية الشيْء بعضاً من الثلاث بَعيد؛ لأن معظم الشَّيْء لا يكاد يُعَبّر عنه بالبعض، هذا ما ذكره في الكتاب، لكنه موجود فيما إذا قال: أردتُ طلقتين في الحال، وواحدةً في الاستقبال إلاَّ أنه هناكَ هو مُقِرٌّ على نفسه بالأغلظ، فلم يُتَّهم، وهذا الخلاف في القبول ظاهراً، ولا خلاف أنه يَدِينُ، قال في «التتمة» وتظهر فائدة الخلاف فيما إذا ندم على ما سبق منْه، وأراد أن يخالِعَها حتَّى تصير إلى الحالة الأخرى، وهي بائن فتنحل اليمين، ثم يعود ويتزوجُها وقلْنا؛ الخُلْع طلاقٌ، فإن قلنا: الواقعُ في الحال طلقةٌ، أمكنه ذلك، وإن قلنا: طلقتان، لم يمكن.

ولو قال: أنتِ طالقٌ ثلاثاً بعضهن للسنّة، واقتصر عليْه وكانت في حالة السُّنَّة قال في «الشَّامِل» تجيْء على الوجه الأصحّ وهو القبول، إذا قال أردتُ طلقةً في الحال، وثنتين في الاستقبال أن لا يقع إلا طلقة، لأن البَعْض ليس عبارة عن النِّصْف، وإنما

حملناه على التشطير عند الإطلاق؛ لأنَّه أضاف إلى الحالين جميعاً فسوينا بينهما، وها هنا لم نضف إلى الحالين.

ولو قال: أنتِ طالقٌ خمساً بعضهن للسنة، وبعضهن للبدعة، ولم ينْو شيئاً، فعلى الخلاف الذي سيأتي: أن الزيادة على المملوك من الطلاق، تنصرف إلى المملوك أم لا؟ ويتبع[١] اللفظ إن قلنا بالأول يقع في الحال طلقتان، وفي الثاني طلقةٌ؛ تفريعاً على النص، وإن قلنا بالثاني، وهو الأصحُّ تقع الثلاث أخْذاً بالتشطير وبالتكميل.

ولو قال لها أنتِ طالقٌ طلقتَيْنِ، طلقة للسنّة، وطلقة للبدعة [أو قال: أنْتِ طالقٌ طلقةً للسنّة وطلقة للبِدْعَة]، يقع طلقة في الحال، وأخرى في الاستقبال، ويخالف ما إذا قال: طلقة طلقة للسنّة والبدعة، حيث يقع في الحال طلقة، ولا يقع بَعْد ذلك شيء، لأن هنا لم يوقع إلاّ طلقةً واحدةً، لكن وصفها بوصفين متناقضين فيلغو الوصفان ووقعت الموصوفة.

لو قال: طلقتين للسنّة والبدعة، فوجهان:

أحدهما: تقع طلقة في الحال وأخرى في الاستقبال، صَرْفاً لكل صفة إلى طلقة وأصحهما، على ما ذكر في «التهذيب»: أنه تقع الطلقتان في الحال؛ لأن قوله للسنّة والبدعة وصف للطلقتين في الظّاهر، والطلقتان متناقضتان فتساقطتا، وبقيت الطلقتان، وهذا كما أنه لو قال: أنتِ طالقٌ ثلاثاً للسنّة والبِدْعة، تقع الثلاث في الحال، ولو قال للتي لا ينقَسِم نكاحُها إلى السنيّ والبدعيّ: أنتِ طالقٌ ثلاثاً بعضهن للسنة، وبعضهن للبدعة، يقع الثلاث في الحال، كما لو وصَف الكُلّ بالسنّة أو البدعة.

ولو قال: طلقة للسُّنَّة، وطلقة للبدعة، وقَعَتا في الحال.

وقوله في الكتاب: «إذا قال للطاهرة» للتمثيل لا للتخصيص بالطاهر، بل حكم الطاهر والحائض واحدٌ فيما ذكر، إنما المعتبر أن يكون لها حيْض وطُهْر.

وقوله: «أَرَدتُ فِي الحَالِ ثلاثَة أَنْصَافٍ» لا يختص الحكم بالأنصاف، بل لو قال: أردتُ ثلاثَة أَثْلاَثٍ أو أرباعٍ، كان الحُكْم كذلك إنما المعتبر أن يريد بعضاً من كل طلقة.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الثَّالِثَةُ): إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ أَجْمَلَ الطَّلاَقِ وَأَفْضَلَهُ وَأَحْسَنَهُ فَهُوَ كَمَا لَوْ قَالَ: لِلسُّنَّةِ فَلاَ يَقَعُ فِي حَالَةِ الحَيْضِ، وَلَوْ قَالَ: أَقْبَح الطَّلاَقِ وَأَسْمَجَهُ فَهُوَ كَقَوْلِهِ: لِلْبِدْعَة، وَلَوْ قَالَ: طَلْقَةً قَبِيحَةً حَسَنَةً أَوْ سُنِّيَّةً بِدْعِيَّةً فَيَلْغُو الوَصْفُ لِتَنَاقُضِهِ وَيَقَعُ أَصْلُ الطَّلاَقِ.

---

(١) في الروضة: تلغى أم تعتبر.

قال الرَّافِعِيُّ: إذا وصَف الطلاق بصفة من صفات المدح بأن قال: أنتِ طالقٌ أجْمَلَ الطلاقِ أو أفضلَه [أو][1] أعدله أو أحسنه أو أكمله أو أتمه أو أجوده أو خيَر الطلاق أو أنت طالقٌ للطاعة، ولم ينو شيئاً، فهو كما لو قال: أنتِ طالقٌ للسنّة، حتى لا يقَع، إن كان في حال البدعة حتَّى ينتهي إلى حال السنة، وإن نوى شيئاً نُظِرَ؛ إن نوى ما يقتَضِيه الإِطْلاق، فذاك ونيته مؤكّدة، وإن قال أردت طلاق البدعة قبل لأنه من حقها أحْسَن من جهة سوء خُلُقها أو عشرتها، فإن كانت في حال البدعة؛ لأنَّه غَلَّظ على نفسه[2]، وإن كانت في حَال السنة لمْ يُقبل في الطاهر، ويدين، وقد يَجِيْء خلاف في الظاهر، وإذا وصَف الطلاق بصفة من صفات الذمِّ، فقال: أنتِ طالقٌ أقبح الطلاق أو أسمجه أو أفضحه أو أفظعه أو أرداه أو أفحشه أو أنتنه، أو أنت طالقٌ شَرَّ الطلاق وما أَشْبَه ذلك، فهو كقوله: أنتِ طالقٌ للبدعة، حتى لا يقع، وإن كانَت في حال السنة حتى تنتهي إلى حال البدعة، وإن قال: أردت قبح الطلاق من جهة حُسْنِ خلقها وعشرتها أو قال: أردتُّ أن أقبح أحوالها أن تَبِينَ مني، وَقَع في الحال؛ لأنه غَلَّظَ على نفسه، وإن قال: أردتُّ أن طلاق مثل، هذه في حال السنّة أقبح، فقصدت بقولي «أقبح» أن تطلّق في حال السنّة، لم يُقبل في الظاهر، ويدين.

ولو قال: أنتِ طالقٌ للحرج فهو كقوله أو طلاق الحرج للبدعة، ولو خاطب بهذه ألفاظ الَّتي لا سنّة في طلاقها، ولا بدعة، فهو كما لو قال لها: للسنّة أو للبدعة، وقد مَرَّ، ولو جمع بين صفتي المَدْح والذَّمِّ، فقال: أنتِ طالقٌ طلقةً حسنةً قبيحةً أو جميلةً

---

(١) في ز: و.

(٢) قال الشيخ البلقيني: جزم بالقبول هنا وقد ذكر قبل هذا فيمن قال لذات سنة وبدعة في حال البدعة أنتِ طالقٌ طلاقاً سنّياً ونوى الوقوع في الحال عن المتولي أنه لا يقع في الحال لأن النية إنما تعمل فيما يحتمل اللفظ لا فيما يخالفه صريحاً، وإذا تنافيا لغت النية وعمل باللفظ لأنه أقوى فيمكن أن يأتي مثله ذلك هنا ويحتمل الفرق من جهة صراحة السنّة وظهور الصفات المذكورة واحتمال تأويله فتقع في الحال وتظهر مسألة المتولي بما لو اشترى بعين مال الموكل وقال نويت أنه لي فإنه لا يسمع منه. انتهى.

وقال في الخادم: لم يظهر لي فرق بينهما من حيث المعنى، وهذا الذي قاله المتولي تبع فيه شيخه القاضي الحسين وعلله بأنه نوى ما لا لفظ له، لكن كلام الشافعي رضي الله عنه في الأم مخالفة حيث قال: وإذا قال لامرأته التي تحيض وقد دخل بها: أنتِ طالقٌ السنّة سألته، فإن قال أردت أن يقع الطلاق عليها السنّة أو لم يكن له فيه نية، فذكر حكمه وإن قال أردت أن يقع حين تكلمت به وقع حائضاً كان أو طاهراً بإرادته.

قال الشافعي: إذا قال أحسن الطلاق أو أجمله ونحو ذلك سألته عن نيته، فإن قال لم أنوِ شيئاً، وقع الطلاق للسنّة، وكذا لو قال ما نويت إيقاعه في وقت أعرفه، وكذلك لو قال: لا أعرف حسن الطلاق ولا قبيحه إلى آخر النص ثم أطال في ذلك.

فاحشةً أو سنّية بدعيةً أو للحرج والعدل والمخاطبة، من ذوات الأقراء، وقعت في الحال، كما ذَكَرنا في قوله: للسنّة و «البدعة» وحكِيَ في توجيهه اختلافٌ.

والأظهرَ ـ وهو المذكور في الكتاب ـ: أن وجهه أنه وصف الطلاق بصفَتيْن متضادَّتَيْن، فيلْغُو، ويبقى أصْل الطّلاق، وعن أبي إسحاق، أن الطلاق إنما يقع؛ لأن إحدى الحالَتيْن حاصلاً لا محالة، والصفة التي هي موجب تلك الحالة واقعةٌ موقعها، فيقع الطلاق موصوفاً بتلك الصفة، ويلغو الصفة الأخرى، ويجيْء أن يقال: لو لم تكن المرأة متعرِّضة للسنّة والبدعة، فقضية التعليلِ الأول وقوعُ الطلاق، وقضيةُ التعليلِ الثاني ألاَّ يقَع، لأن واحدة من الحالتين غيْرُ حاصلة، وذكر الشيخ أبو الفرج في «الأماليّ»: أنَّه لو فسَّر كل صفة بمعنى فقال: أردتُّ كونَهَا حسنة من حيثُ الوقت، وقبيحة من حيث العَدَدُ، حتَّى تقع الثلاث أو بالعَكْس، فيقبل وإن تأخر الوقُوع، لأنَّ ضرر وقُوع العَدَد أكثر من فائدة تأخير الوقوع.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الرَّابِعَةُ): إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاَثاً فِي كُلِّ قُرْءٍ طَلْقَةٌ نُظِرَ، فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ وَهِيَ حَائِضٌ لَمْ يَقَعْ، وَإِنْ كَانَتْ طَاهِرَةً وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ وَبَانَتْ فَلاَ تَلْحَقُ الثَّانِيَةَ، وَإِنْ جَدَّدَ نِكَاحَهَا قَبْلَ الطُّهْرِ الثَّانِي لَحِقَ الثَّانِيَةَ وَالثَّالِثَةَ عَلَىٰ قَوْلِ عَوْدِ الحِنْثِ، فَإِنْ جَدَّدَ النِّكَاحَ بَعْدَ الطُّهْرَيْنِ لَمْ يَقَعْ لانحِلاَلِ اليَمِينِ بِالطُّهْرَيْنِ قَبْلَ التَّجْدِيدِ، وَإِنْ كَانَتْ مَدْخُولاً بِهَا لَحِقَهَا الثَّلاَثُ فِي ثَلاَثَةِ أَقْرَاءٍ وَقَدْ شَرَعَتْ بالأُولَى فِي العِدَّةِ، وَهَلْ تَسْتَأْنِفُ العِدَّةُ لِلُحُوقِ الثَّانِيَةِ وَالثَّالِثَةِ؟ فِيهِ خِلاَفٌ، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلاً وَهِيَ تَحِيضُ، وَقُلْنَا: إِنَّ ذَلِكَ حَيْضٌ فَيَقَعُ وَاحِدَةٌ فِي الطُّهْرِ الأَوَّلِ، وَهَلْ يَتَكَرَّرُ فِي الطُّهْرِ الثَّانِي وَالثَّالِثِ؟ فِيهِ خِلاَفٌ؟ لأَنَّ القُرْءَ مَا يَدُلُّ عَلَى البَرَاءَةِ وَلاَ دَلاَلَةَ مَعَ الحَمْلِ، وَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً أَوْ آيِسَةً فَفِي وُقُوعِ وَاحِدٍ فِي الحَالِ خِلاَفٌ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ القُرْءَ طهْرٌ مُحْتَوشٌ بِدَمَيْنِ، أَمْ الانتِقَالُ مِنَ الطُّهْرِ إِلَى الحَيْضِ قُرْءٌ أَيْضاً.

قال الرَّافِعِيُّ: أورد الشافعي ـ رضي الله عنه ـ والأصحاب ـ رحمهم الله ـ هذه المسألة في خلالَ مَسائِل السُّنة والبدعة، وإن لم يَعْظُمْ تعلقها بها، وصورَتُها أن يقول لزوجته: أنت طالقٌ ثلاثاً في كل قُرْء طلقةً، أو أنتِ طالقٌ في كل قرء طلقةً، ولها أحوالٌ ثلاثٌ إحداها: أن تكونَ حائلاً من ذوات الأقراء، فإمّا أنْ تكُونَ غيْر مدخولٍ بها، أو مدخولاً بها، فإن كانت غير مدخولٍ بها، نُظِرَ إن كانت حائضاً، لم يقع الطّلاق على المشهور، وهو المذكور في الكتاب لأن الأقراءَ عنْدنا الأطْهَارُ، وحكى أبو سعد المتولّي، وغيره أن الشيخ أبا حامد قَال: يقع عليها في الحال طلقة لأنَّها غير مخاطبة بالعِدَّة، فحيضها كطُهْرها، وإن كانت طاهراً[1] وقَعَتْ في الحال طلقة، وتبين بها فلا

---

(١) في ب: طاهرة.

تلحقها الثانيةُ والثالثة، فإن جدَّد نكاحها قَبْل الطهر الثاني، ففي وقُوع الطلقة الثانية والثالثة قَوْلا عَوْدِ اليمين والحَنِث، وإن جدَّد النكاح بعْد الطهرين، لم يقَعْ شيء وإن قلْنا: بعود الحنث، لانحلال اليمين بمضي الطُّهْرين، بعد الطهر التي وقعت تلك الطلقة فيه، وإن كان بعْد الدُّخول وقَعَت في كل قرء طلقة، سواء جامَعَها فيه، أو لم يجامعها وتكونُ الطلقة الواقعةُ سنّيةً، إن لم يجامعْها، وبدعيةً إن جامَعَها، وتشرع في العدة بالطلْقة الأُولى، وهل يجب استئناف العدة، لِلُحوق الثانية والثالثة، فيه قولان معادان في كتاب «العدة» والأصحُّ: الوجوب.

والثانية: أن تكون حاملاً، فإن كانت لا تَرَى الدَّم على الحمل، وقَعَت في الحال طلقة، قال في «التَتمة»، إذا لم تَحِض قطُّ، وبلغَتْ بالحمل مثَلاً، فيكون وقوع الطلاق على وجهَيْن أو قولَيْن، بناءً على أن القُرْء عبارة عن الطُّهْر بين الدمَيْن أو عن الانتقال من الطُّهْر إلى الدم، إن قلْنا بالأول، لم يقَعْ حتى تَضَع، وتطهُر من النفاس، وإن قلْنا بالثاني تَقَع؛ لأنَّهُ طُهْر ينتقل منه إلى دم النفاس، وهذا أظْهر، وإذا وقَعَت الطلقة، فإن راجعها قبْل الوضع وقعت طلقةٌ أخرى إذا طَهُرت من النفاس، وعليها استئناف العدَّة، وطئها بعد المراجعة أو لم يطأها، بخلاف ما إذا راجَع المطلَّقة، ثم طلَّقها قبل أن يطأها؛ حيثُ يكفي البناءُ، ولا يجب الاستئناف، على قول؛ لأنَّ الطلقة الثانيةَ: هنَاكَ تقَع في زمان محْسُوب من العدة لولا الرجعة؛ لأن العدة تنقضي بالوَضْع، ونظير ما نحْن فيه ما إذا راجَعَها وأمْسَكَها حتى مضَى الباقي من الأقْرَاء، ثم طلَّقها، وحينئذٍ يجِبُ الاستئناف بلا خِلاَف، وإن لم يراجعْها، فتنقضي عدَّتها بوَضْع الحَمْل، وتبين ولو جدد نكاحها قبل تمام الأقراء، فيعود قولاً عَوْد الحنثُ واليمين، وإن كانت ترى الدَّم على الحَمْل، فيُبْنَى على الخِلاَف أنَّه حَيْض أم لا، إن لم نجعلْه حَيْضاً فالحُكْم كَمَا لو لم تر الدَّم، وتقع في الحال طلْقة، وحكى الحناطي وجْهاً: أنَّا وإن لم نجعلْه حيْضاً، فلا يقع الطَّلاَق إذا وافَق قوْلُه وقْت الدم حتَّى تطْهُر، فإن جعلْناه حيْضاً، فإن وافق قولُه وقتَ النقاء، وقعتْ في الحال طلقةٌ، وإن وافقت وقت الدم، فالذي ذكره الشيخ أبو حامد [و][1] صحَّحه العراقيون أنَّها تقَع أيضاً؛ لأن مدة الحمل لها إلى أن تضع كالقرء الواحد في الدلالة على البراءة والأشبَهُ وَهو الذي ذكره القاضي أبو الطيِّب والحناطي ورجَّحه صاحب «التتمة» وغيره ـ المَنْعُ إلى أن تطهر؛ لأن القرء الطُّهْر، وهي حائضٌ في ذلك الوقت، وإذا وقعت طلقة، إما في الطهر أو في الحيض، فهل يتكرَّر في الطُّهْر الثاني والثالث، فيه وجْهَانِ، حكاهما الإِمام وصاحب الكتاب.

أحدهما: نعم؛ لأنَّهُ طُهْر وقع بين دمين، كل واحدة منهما حيضة.

---

(١) سقط في ز.

أصحهما: المَنْع؛ لأن القرء ما يَدُلُّ على البراءة، ويُعْتد به عن العدة، وهذا المعنى لا يتحقَّق مع الحَمْل، ومنهم من قَطَع بهذا الوجه الثاني والثالث إذا كانت صغيرةً لم تحِضْ قطُّ، فيبنى حكم الطلاق على أن القرء طُهْر يحتوشه دَمَان، أو هو الانتقال من الطُّهْر إلى الحيض، وقد يُقَال: هو مجَرَّد الانتقال، وفيه خِلافٌ يذكر في موضعه، فإن قلنا بالأول، فلا تُطَلَّق حتى تحيض، ثم تطْهُرَ، ولا يؤمر الزَّوْج باجتنابها في الحال، وإن قلنا بالثاني، فالذي أطلقه العراقيون وصاحب «التهذيب» وغيرهم ـ رحمهم الله ـ أنَّه: يقع عليها في الحال طلقة وفي «التتمة»: أنهُ يؤمَر الزَّوْج باجتنابها، لأن الظاهر أنها ترى الدَّمَ، فإن رأته، بان وقوع الطلاق، وإن ماتَتْ ولم تره، ماتَتْ على النكاح، وهذا ما أورده أبو الفرج السرخسيّ في «الأمالي» فقال إذا رأتِ الدَّمَ تَبَيَّنَ وقوع الطلاق يوم التلفظ، وإذا حكَمْنا بأنّه وقعَتْ طلقةٌ، فلو لم تحِضْ، ولم يراجعْها الزوج، حتى مضت ثلاثةُ أشهر حَصَلَت البينونة، فإن نكَحَها بعْد ذلك ورأتِ الدَّم، فيعود الخلافُ في عَوْد اليمين والحَنِث، فإن رأت الدم قَبْل مضيِّ ثلاثة أشهر، تكرَّر الطلاق بتكرر الأطهار، وعن صاحب «التقريب» وجْه غريب: أن الأقراء في الصغيرة محمولةٌ على الأشهر؛ لأنَّها بدل الأقراء في حقِّها شرعاً، والآيسة التي انقطع حيْضُها، كالصغيرة، ففي وقوع الطلاق عليها الخلافُ، قال أبو الفرج إن قلْنا: إن القرء عبارةٌ عن الانتقال يقَع في الحال؛ لأنها في طُهْر انتقلت إلَيْه من الحيض، وإن قلنا: عبارةٌ عن طُهْر يحتوشه دمَان، فلا يقع، فإن حاضَت من بعْدُ على ندور تبيَّن الوقوع، والأظهر عند الأئمة في الصغيرة والآيسة الوقُوعُ.

ولو قال لزوجته: أنتِ طالقٌ في كل قرء طلقةً للسنّة، فهُو كما لو لم يقل للسنّة في أكثر الأحكام والأحوال، نَعَم، ذات الأقراء إذا كانَتْ طاهراً، أو كان قد جامَعَها في ذلك الطُّهْر يتأخرُ وقُوع الطلاق إلى أن تحيض، ثم تطهر.

ولو قال: أنتِ طالقٌ في كل طُهْر طلقةً، وكانت حاملاً، لا ترى الدَّم أو كانت تراه ولا تجعله حيضاً تقَعُ في الحال طلقةٌ، سواءٌ كانت ترى الدَّم، في تلك الحالة أو كانَتْ لا تراه، ولا يتكرر بتكرر الانقطاعات، وإن كانت ترى الدم وجعلْناه حَيْضاً، فإن كانَتْ في حالة رُؤْية الدَّم، لم يقع حتى تطهر وإن كانت في حالة الطُّهْر وقع في الحال ويتكرَّر بتكرُّر الأطهار.

وقوله في الكتاب «وإن كانَتْ حاملاً وَهِيَ تَحِيضُ وَقُلْنَا: إنَّ ذَلِكَ حَيْضٌ» يريد «وهي ترى الدم»، وقد أبدل بذلك في بعض النسخ، وقوله «إِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً» يريد التي لم تحض بالغةً كانت أو لم تكُنْ، والتي لا تحيض في مبدأ الأمر تكون صغيرةً غالباً، فيعبر عنها بالصغيرة.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الخَامِسَةُ): إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاثاً لِلسُّنَّةِ ثُمَّ قَالَ: أَرَدتُ التَّفرِيقَ عَلَى الأَقْرَاءِ لَمْ يُقبَلْ لأَنَّهُ لاَ سُنَّةَ عِندَنَا فِي التَّفْرِيقِ، وَلَوْ لَمْ يَقُلْ لِلسُّنَّةِ ثُمَّ فَسَّرَ بِالتَّفرِيقِ فَهَلْ يَدِينُ فِيهِ وَجهَانِ، كَمَا لَوْ قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ ثُمَّ قَالَ: أَرَدتُ عِندَ دُخُولِ الدَّارِ، وَكَذَا لَوْ قَالَ: أَرَدتُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ، وَكَذَا كُلُّ مَا يَحْوجُ إِلَى زِيَادَةِ تَفْسِيرٍ، أَمَّا مَا يَرْجِعُ إِلَى التَّخْصِيصِ فَيَدِينُ، وَهَلْ يُقبَلُ ظَاهِراً؟ فِيهِ خِلاَفٌ كَمَا لَوْ قَالَ: نِسَائِي طَوَالِقٌ ثُمَّ اسْتَثْنَى وَاحِدَةً بِنِيَّتِهِ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: كُلُّ امْرَأَةٍ لِي طَالِقٌ وَأَرَادَ البَعْضَ، أَمَّا إِذَا ظَهَرَتْ قَرِينَةٌ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يُقبَلُ كَمَا لَوْ عَنَى بِنِيَّتِهِ نِكَاحَ جَدِيدَةٍ، ثُمَّ لَوْ قَالَ: كُلُّ امْرَأَةٍ لِي طَالِقٌ وَزَعَمَ أَنَّهُ مَا أَرَادَ الحَاضِرَةَ، وَكَذَا إِنْ كَانَ يَحُلُّ وَثَاقاً عنها فَقَالَ: أَنتِ طَالِقٌ وَنَوَى ذَلِكَ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يُقبَلُ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ كَلَّمْتِ زَيداً فَأَنتِ طَالِقٌ ثُمَّ قَالَ: أَرَدتُ شَهراً يُقبَلُ لأَنَّهُ كَتَخصِيصِ عُمُومٍ، وَالحَاصِلُ أَنَّهُ يَدِينُ فِي كُلِّ احتِمَالٍ وَإِنْ بَعُدَ وَإِنَّمَا يُقبَلُ فِي الظَّاهِرِ إِذَا ظَهَرَ احتِمَالُ اللَّفظِ أَوْ شَهِدَ لَهُ قَرِينَةٌ.

قال الرَّافِعِيُّ: إذا قال لامرأته أنتِ طالقٌ ثلاثاً للسُّنَّة ثم قال: نويت تفريق الثلاث على الأقراء، لم يُقبَل قوله في الظَّاهر؛ لأن اللفظ يقتضي وُقُوع الكُلّ في الحال، إن كانت طاهراً، والوقوع كما طهرت إن كانت في الحال حائضاً، ولا سُنَّة في التفريق على ما تقدَّم، وليس في اللفظ إشْعَار بما يبديه.

قال في «التتمة»: إلاَّ أنَّه إذا كان الرَّجُل ممَّن يعتقد تحريم الجمع في قرء واحد، فيُقبَل قولُه في الظاهر؛ لأن تفسيره يستمر على اعتقاده، وحكى الحناطي وجْهاً مطلقاً: أنه يقبل [قوله] في الظاهر، والمنصُوص المشهور الأوَّلُ، ولو قال: أنتِ طالقٌ ثلاثاً، ولم يقُلْ: للسُّنَّة ثمَّ فسَّر بالتفريق على الأقراء، فكذلك لا يقبل في الظَّاهر؛ لأنَّه يؤخر ما يقتضي اللفظ تنجيزه، وفي الصورتين: هل يَدِينُ، ونَقْبَل قوله في البَاطِن فيه وجهان نقلهما الإمام وغيره:

أصحُّهما: وهو المنصوص أنه يَدِينُ[1]؛ لأنَّه لو وصَل باللفظ ما يدعيه لانتظم.

---

(١) قال في المهمات: جزم في المحرر والمنهاج بالقبول ظاهراً في الصورتين.
قال في الخادم بعد نقله كلام المهمات وهو عجيب لأن ما في الشرح والروضة يستدرك به على المختصرات لا العكس، وكان ينبغي أن ينبه على أن ما في المنهاج في الثانية لا أصل له في النقل، والحاصل أن على المنهاج اعتراضين:
أحدهما: الجزم بالمنقول عن المتولي في الاستثناء والذي اقتضاه كلام الشرحين والروضة أنه وجه غريب.
والثاني: جعله قيداً في المسألتين والذي فيها عن المتولي أنه قيد في الأولى كذا هو الموجود في التتمة.

والثاني: المَنْع؛ لأن اللفظ بمجرده لا يَصْلُح لما يدعيه، ومجرَّد النية لا يعمل ومعنى التدين مع نفي القبولِ ظاهراً أن يقال للمرأة: أنْتِ بائنٌ بثلاث في ظاهر الحكم، وليس لَكِ مطاوعتُه إلاَّ إذا علمْتِ صدْقه، أو غلب على ظنِّكِ بقرينة أو أمارة، ويقال للرجل: لا نمكنك من تتبعها ولك أن تتبعها والطلب فيما بينك وبين الله ـ تعالى، وتحِلُّ لك إذا راجَعْتَها، وهذا هو المراد بما يروى عن الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ رحمه الله أنه قال: لَهُ الطَّلب، وعَلَيْهَا الهَرَبُ، وعلى هذا القياس حكم القبول ظاهراً وباطناً، فيما إذا قال للصغيرة: أنتِ طالقٌ للسُّنَّة، ثم قال: أردتُ إذا حاضتِ وطهرة وفيما إذا قال: أنت طالق، ثم قال: أردت إن دخَلتِ الدارَ أو إذا جاء رأس الشهر، وألحق صاحب الكتاب بهذه الصورة ما إذا قال: أنْتِ طالقٌ، ثم قال أردت إن ـ شاء الله ـ وقال كلُّ ما يحوج إلى تقييد الملفوظ به بقَيْد زائد، فهو كذلك، وحَكَى القاضي الرُّوياني هذا الجواب عن القَفَّال، والمشهور في كتب كبار المَذْهَب: أنّه لا يدين في قوله: أردت إن شاء الله، ويَدِينُ في قوله: أردتُ عن وثاق أو إن دخلَتِ الدار أو إن شاء زيْدٌ، وهذا ما أورده صاحب «التهذيب»، وذكر القاضي الرُّويانيُّ أنه ظاهر المذهب، وفرقوا بين قوْلِه: أردتُ «إن شاء الله» وبين سائِرِ الصور بأن التعليق بمشيئة الله برَفْع حُكْم الطلاق جمْلةً، فلا بدّ فيه من اللفظِ، والتعليقُ بالدخول لا يرفعه جُملةً، ولكنه تخصيص بحالٍ دون حال، وقولُه «من وثاق» تأويلٌ وصرف اللفظ من مَعْنًى إلى معنًى، فَكَفَتْ فيه النية، وإن كانت ضعيفة، وشبهوا ذلك بأن النَّسخ لَمَّا كان رفعاً للحكم، لم يجُزْ إلا باللفظ والتخصيص يجوز بالقياس، كما يجوز باللفظ، وأما إذا أتى بلَفْظ عامٍّ وقال: أردتُ بعض الأفراد الداخلة تحْتَه، فقد قال الشافعي ـ رضي الله عنه ـ في المختصَر ولو قالَتْ له طلِّقْني، فقال: كل امرأة لي طالِقٌ، طُلِّقَتِ امرأته الَّتي سألته إلا أن يكون عزلها بنيته، وظاهر هذا النص أنَّه إذا قال: نسَائِي طوالقٌ أو كل امرأة لي طالق، وعزل بعضهن بالنِّيَّة، لا يقع عليها الطلاق، واختلف الأصحاب في ذلك على وجهَيْن، قال أكثرهم: يقع الطلاق ظاهراً، ولا يُقْبَل قوله في الحكم؛ لأن اللفظ عامٌّ متناول لجميعهن؛ فلا يتمكن من صَرْف مقتضاه بالنية، كما إذا قال: أنتِ طالقٌ، وقال: أردتّ إذا جاء رأس الشهر، وهؤلاء تكلموا في النصِّ من وجهين:

أظهرهما: الحَمْل على أنها لا تطلَّقُ بينه وبين الله تعالى.

والثاني: قيل: إنَّ لفْظ النَّصِّ «إلاَّ أن يكونَ عزلها، في نيته» وهي الاستثناء الظاهر، ويُحْكَى هذا عن أبي علي الطبسي قال في «البسيط»: وفي هذا نسبة الأصحاب إلى التصحيف، ثم في الحروف تفاوتٌ بعيداً، وقال أبو حفص بْنُ الوكيل: يُقْبَل قولُه في الظاهر؛ لأن استعمال العَامِّ في الخاص شائع مشهورٌ، والخلاف في القبول الظاهر يجري، سواءٌ كانت هناك قرينة تصدِّقه، كما إذا خاصَمتْه المرأة: وقالت: تزوجْتَ

عَلَيّ، فقال في إنكاره: كل امرأة لي طالقٌ، ثم قال: أردتُ غير المخاصمة، أو لم تكن هناكَ قرينةٌ.

والأظهر عند القفّال والمعتبرين: أنّه لا يُقبلَ في الظاهر، إن لم تكن قرينة، ويقبل إن وُجِدَتْ قرينة، وهو اختيار القاضي الرُّوياني، ومن هؤلاء من حمل النصَّ على ما إذا وُجِدت القرينة، ونفى بعضُهم الخلاف فيما إذا لم تكُنْ قرينةٌ، وفي بعض التعاليق أن القاضي الحُسَيْن فرَّق بين أن يقول: كلُّ امرأة لي طالقٌ، ثم عزَلَ بعضهن بالنية، وبين أن يقول: نسائِي، وقال: إذا قال نسائِي طوالقُ، ثم قال: كنتُ عزلتُ ثلاثاً بالنية لم يُقْبَل؛ لأن اسم النساء لا يقع على الواحدة ولو قال عزلت واحدة يُقْبَل، وذكر تفريعاً على هذا وجهين فيما لو عزل اثنين، وأُجري الخلاف في القَبُول الظاهر فيما إذا قال: إن أكلْتِ خبزاً أو تمراً، فأنتِ طالقٌ، ثم فسَّر بنوع خاصٍّ، وطردهما صاحب الكتاب وغيره فيما إذا كان يحل وثاقاً عنها، فقال: أنتِ طالقٌ، ثم قال: أردتُ الإطلاق عن الوثاق، وقال: الظاهر القَبُول، وفيما إذا لم توجَدِ القرينة أشَار في سائر كتبه إلى أنّه لا يجيْء في التدبير الخلافُ المذكُورُ، فيما إذا قال: أردتُ إن دخَلْتِ الدارَ، وفرق بأن قوله: أنتِ طالقٌ، وإن خصَّصه الشرْعُ برَفْع قيد النكاح، لكنه كالمُجْمَل المبهم من حيْث اللغةُ، ويحتمل أن يكون من الوَثَاق وغيره، فالتفسير بيان للمبهم، وأما التقييدات، فليس لمجرد اللفظ دلالةٌ عليها ولو قال: إن كلَّمتِ زيداً، فأنت طالقٌ، ثم قال: أردتُ التكليم شهراً، فيُقْبَل كذا حُكِيَ عن نص الشافعيِّ ـ رحمه الله ـ، والمراد على ما نَقَل في «البسيط» و «الوسيط» القبول الباطن، حتى لا يقع في الباطن، إذا كان التكلُّم بعد الشهر[1]، وحاول ردَّه إلى تخصيص العموم، حتى يَدِينَ فيه بلا خلافٍ، فإن اللَّفظ كالعامِّ في الأزمان، فإذا قال أردتُ شهراً، فكأنَّه خصص العام، وقد يقابَلُ هذا بمثْلِه، فيقال: اللفظ عامٌّ في الأحوال إلاّ أنّه خصَّصه بحال أحوال الدار.

وقوله في الكتاب وَكَذَا لَوْ قَالَ: «أَردتُ إنْ شَاءَ اللّه» ليعلَّم وما بيناه.

وقوله «كَمَا لَوْ عاتَبَتْهُ بِنِكَاحِ جَدِيدَةٍ، فقال» وفي بعض النسخ، «كما لو عنى بنيته نكاح جديدة»، قال: وهما مقيدانِ.

وقوله: «والحَاصلُ أنّه يَدِينُ في كل احْتِمَالٍ وَإنْ بَعُدَ. . . .» آخره إشارةٌ إلى ضَبْط ما يدين فيه، وما يُقْبَل في الظاهر من التفاسير وشَره ما حُكِيَ عن القاضي الحُسَيْن ـ رحمه الله ـ لما يبديه الشخص، ويدَّعيه من النية مع ما أطلقه من اللفظ أرْبَعَ مراتب.

إحداها: أن يرفع ما صرَّح به اللفظ، كما إذا قال: أنْتِ طالقٌ ثم قال: أردتُ

---

(١) قال في المهمات ما حكاه عن الغزالي جزم به في الشرح الصغير.

طلاقاً لا يقع عليْكِ، أو قال لم أُرِدْ إيقاع الطلاقِ، فلا مبالاة بما يقوله لا في الظاهر، ولا في التدين الباطن.

والثانية: أن يكون ما يبديه مقيِّداً لما تلفظ به مطلقاً، كما إذا قال: أنْتِ طالقٌ ثم قال: أردتُ عنْد دخول الدار ومجيء الشهر، ولا يُقْبَل في مثل ذلك قوله ظاهراً وفي التديين خِلاَفٌ.

والثالثة: أن يُرجِعَ ما يدعيه إلى تخصيص عموم، فهذا يدين فيه وفي القبول ظاهراً خلاف.

والرابعة: أن يكون اللفظ محتملاً للطلاق من غير شيوع وظهور فيه، وفي هذه الدَّرَجَة يقع الكنايات، ويعمل فيها بموجب النيَّة.

وقوله: إنما يقبل ظاهراً، أي المؤثر في القَبُول ظاهراً، وإن كان مختلفاً فيه، فأمَّا ظهورُ احتمال اللَّفظ لما يدَّعيه، كما ذكَرْنا من تبيين المُجْمَل، وتخصيص العام، وإما قرينةٌ لتنضم إلَيْه، كما بَيَّنَّا، وفي كلام الأئمة ضَبْطٌ آخَرُ قالوا: يُنْظَرُ في التفسير على خلاف ظاهر اللفظ، إن كان بحَيْث لو وصل باللفظ نطقاً، لَمَا انتظم، فإنَّه لا يُقْبَل في الظاهر، ولا يدين في الباطن، وإن كان بحَيْث لو وصل باللفظ، لانتظم وقُبِلَ في الحكم، فإذا نواه، لا يُقْبَل في الحكم ويَدِينُ فيما بينه وبين الله تعالى.

مثال الأول: ما إذا قال أردتُ طلاقاً لا يقع علَيْك.

ومثال الثاني: ما إذا قال: أردتُ عن وَثَاق، أو إن دخلَتِ الدَّارَ والذين رأوا القطْعَ بأنه لا يدينُ في قوله أردتُ إن شاء الله استثنوا عن الضابط الاستثناء بالمشيئة، فقالوا: ما يُقْبَلُ في الظاهر، لو وصَلَه باللفظ يدين فيه إذا نَوَاه إلاَّ الاستثناء بمشيئة الله تعالى، لو وصله باللفظ، قيل: ولو نَوَاه لا يدين فيه وذكروا وجهَيْن فيما إذا قال لامرأته: أنْت طالقٌ ثلاثاً، ثم قال: أردتُ إلاَّ واحدةً هل يدين؟ فيه وجهان: فيما إذا قال: أربعكن طوالقُ: وقال: نَوَيْتُ بقلبي إلاَّ فلانةً، هل يدين؟ ففي وجْه يَدِينُ كما لو قال: نِسَائِي طوالقُ، وعزل بعضهن بالنية، وفي وجه لا يدين، لأن لفظة الثلاثة والأربعة نص في العدد المعلوم، واستعمالُهما في بعض العدد غيرُ مَعْهود، بخلاف استعمال اللفظ العَامِّ في الخاص، فإنه معْهُود، وهذا أصح على ما ذكره القاضي أبو الطيِّب، وابن الصَّبَّاغ، وغيرهما؛ قال القاضي: ولو قال: فلانة وفلانة وفلانة طوالق، ثُمَّ قال: كنت عزلْت فلانةً بالنِّيَّةِ لَمْ يُقْبَل؛ لأن هذا رفْعٌ لِمَا نص عليه؛ ونَسْخٌ وليس بتخصيص عموم.

وهذه فروع أُخَرُ تدخل في الباب الأول.

لو قال: أنتِ طالقٌ كالثلج، أو كالنار، يقع الطلاق في الحال، ويلغو التشبيه

المذكور، وعن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أنَّه إن قصَد التشبيه بالثلج في البياض، وبالنار في الإِضاءة، والنُّور، وقَع في زمان السُّنَّة، وإن قصد التشبيه في الثلج بالبرودة، وبالنار في الحر والإِحراق، وقع في زمان البِدْعَة.

الثاني قال ابن الحدَّاد: لو دخَل بامرأته، ثم قال لها: كُلَّما ولَدْتِ فأنت طالقٌ للسُّنَّة، فولدتْ ولداً، وبقي في بطنها آخر، وقَعَتْ بولادة الأول طلقة؛ لأنها حامِلٌ بعْد ما ولدته، فإن وُجِدَتْ وقَع، وإلا فلا يقع، حتَّى توجد، وهذا كما سَبَق أنَّه لو قال: أنتِ طالقٌ للسُّنة، إذا قدم فلان، يُنْظَر إذا قدم، إن كان الحالُ حَالَ السُّنَّة [وقع] وإلا، لم يقَعْ حتى نصير إلى حال السنة، وكأنَّه يخاطبُها عند حصول المعلَّق عليه بقوله: أنتِ طالقٌ للسُّنَّة، وإذا كان كذلك، فكأنه عند ولادة أحد الولدين خاطَبَها بقوله: أنتِ طالقٌ للسُّنة، وهي في هذه الحال حامِلٌ بآخر، وإذا قال للحامل: أنْ طالقٌ للسُّنة، وقع الطلاق عليها في الحال، ثم إذا وَلَدت الثاني، انقضت عدَّتها، وهل يقَعُ عليها طلقة أخرى؛ لأنَّه يقارن حال انقضاء العدَّة، فيه خلاف يأتي في نظائره، والأشهر المَنْع، ولو ولَدَتْ ولداً، ولم يكن في بطْنِها آخرُ، فإنَّها تطلَّق إذا طَهرتْ من النفاس، ولو ولَدَتِ الولدين معاً، فإنما تطلَّق إذا طَهُرت من النفاس طلقتين، لأنَّها ولدت ولدين [معاً] فإنما تطلق إذا طهرت من النفاس، ولو ولدت معاً فإنما تطلق إذا طهرت من النفاس طلقتين؛ لأنها ولدت ولدين، وكلما يتقضى التكرار، ولو قال: كلما ولَدتٌ ولَدَيْن، فأنت: طالق للسُّنة، فولدَتْ ولدَيْن معاً، أو على التعاقب، وفي بطنها ثالثٌ طُلِّقَتْ، ولو ولدتْ ولداً، فطلقها ثم ولدت ولداً آخر، فإن كان رجعيًا، وقَعت طلقة أخرى بولادة الثاني، راجَعَها أو لم يراجِع، هكذا ذَكَروه، ويشبه أن يقال: إن راجَعَها، فكذلك الحُكْم، وإن لم يراجعْها، فهذا طلاقٌ يقارن انقضاء العدَّة، وإن كان الطلاق بائناً، فنكحها ثم ولدت ولداً آخر ففي وقوع طلقة أخرى قَوْلاَن عَوْد الحنث واليمين الثَّالِثِ.

نكح حاملاً من الزنا، وقال لها: أنتِ طالقٌ للسُّنَّة، فإن كان قد دَخَل بها، فلا يقع الطلاق حتَّى تضع الحَمل؛ وتطهر من النفاس؛ لأنها وإن كانَتْ حاملاً فليس الحَمْل منه؛ ولا تنقضي [به] لعدَّة، فصار كما إذا حاضت الحائل في طُهْر جامعها فيه، وإن لم يكُنْ قد دخل بها، وقع الطلاق في الحال، كَمَا لو قال لغير المدخول بها: أنتِ طالقٌ للسنة، وهذا إذا كانَتْ لا ترى الدم، وإن كانَتْ تراه، فإن لم نجعلْه حيضاً، فالحُكْم كما لو لم تر الدم، وإن جعلْناه حيْضاً، وقال لها: أنتِ طالقٌ في حالة رؤية الدم، فإنما يقع الطلاق إذا طهرتْ، كالحائل إذا قال لها: أنتِ طالقٌ للسُّنة، وهي حائضٌ، ويخالف الحامل من الزوج؛ لأنَّه لا حُرْمة لحملها، وهذا الفرع لابْنِ الحدَّاد أيضاً ـ رحمه الله ـ.

الرابعة: قال لها: أنتِ طالقٌ للسنّة أو للبدعة، لا تطلَّق، حتى تنتقل من الحالة

التي هي فيها إلى الحالة الأخرى؛ لأن اليقين حينئذٍ يحْصُل كما لو قال: أنتِ طالقٌ اليوم أو غداً، لا تطلّق إلا بمجيء الغد.

الخامسة: إذا قال: أنتِ طالقٌ طلقة حسنة في دخول الدار، أو طلقة سنّية، قال إسماعيل البوشنجي: قضية المَذْهَب أن تطلّق إذا دخلَتِ الدار، طُلّقَتْ سنية، حتى لو كانت حائضاً لا تطلّق ما لم تطْهُر، ولو كانت طَاهراً لم تجامع في ذلك الطُّهْر، فتطلّق في الحال؛ فإذا اتفق الجماع فيه لا تطلّق إلى أن تحيض وتطْهُر.

ولو قال لَهَا وهي طاهر: أنتِ طالقٌ للسنّة، واختلفا، فقال الزوج: كنتُ قد جامَعْتُكِ في هذا الطُّهر، فالطلاق غيْرُ واقع، وقالت: ما جامعتني والطلاقُ واقعٌ قال: إسماعيل البوشنجي المَذْهب أنَّ القَوْل قول الزوج؛ لأنهما اختلفا في بقاء النكاح، والأصل بقاؤه، وصار كما لو قالت: طَلَّقَنِي، وأنكر، وكما لو قال المولى أصبتك فأنكَرَت، فإنما نجعل القول قَوْل الزوج، وكذا الَّذي ضربت عليه مدة العُنَّة إذا قال: أصبت في مدة العُنَّة أو بعدها والله أعلم.

اَلْبَابُ الثَّانِي فِي أَرْكَانِ الطَّلاَقِ

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَهِيَ خَمْسَةٌ (الأَوَّلُ: المُطَلِّقُ): وَهُوَ كُلُّ مُكَلَّفٍ فَلاَ يَنفُذُ طَلاَقُ الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ (الرُّكْنُ الثَّانِي: اللَّفْظُ): وَفِيهِ ثَلاَثَةُ فُصُولٍ: (الأَوَّلُ): أَنَّ الصَّرِيحَ لَفظُ الطَّلاَقِ وَكَذَا لَفظُ السَّرَاحِ (ح) وَالفِرَاقِ (ح) وَقَوْلُهُ: طَلَّقتُ وَأَنْتِ مُطَلَّقَةٌ صَرِيحٌ، وَكَذَا كُلُّ مُشتَقٍّ مِنَ الطَّلاَقِ دُونَ المُشْتَقِّ مِنَ الإِطْلاَقِ كَقَوْلِهِ: أَطْلَقتُ، وَقَوْلُهُ: أَنْتِ الطَّلاَقُ لَيسَ بِصَرِيحٍ عَلَى الأَصَحِّ، وَقَوْلُهُ: سَرَّحْتُكِ أَوْ فَارَقْتُكِ صَرِيحٌ، أَمَّا الاسْمُ كَالمُطَلَّقَةِ وَالمُسَرَّحَةِ فِيهِ وَجْهَانِ، وَمَعْنى الطَّلاَقِ بِالفَارِسِيَّةِ عَلَى الأَصَحِّ وَهُوَ قَوْلُهُ (توهشته أي)، وَفِي قَوْلِهِ (دشت بازذاشتم) وَجْهَانِ، وَفِي قَوْلِهِ (كسيل كردم وازتوجذاكشتم) وَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ وَأَوْلَى بِأَنْ لاَ يَكُونَ صَرِيحاً، وَكُلُّ لَفظٍ شَاعَ فِي العُرْفِ كَقَوْلِهِ: حَلاَلُ اللَّهِ عَلَيَّ حَرَامٌ هَلْ يَلْتَحِقُ بِالصَّرِيحِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

قال الرَّافِعِيُّ: لا يخفى أن تصرف الطلاقُ مَتصرفاً، ولا بدّ من أهليته، ومحلاً يصادفه ولا بُدَّ من أن يكون بحيث يتوجّه نحوه التصرُّف، وذلك لولاية المتصرف علَيْه، وأنّه لا تحصل صورةُ هذا التصرُّف إلاَّ بلفظ أو ما يقُومَ مَقَامه، ولا بُدَّ من أن يصدُر ذلك عن قصْده، فهذه خَمْسَةُ المُطَلِّق، وما به التطليق وغيره، وقصْدُه إليه، وولايته على المحل، والحاجة تمَسُّ إلى معرفتها، ومعرفة ما يعتبر فيها، لقطع الطلاق وسمَّاها أركاناً، لأن بالتئامها يقع الطلاق.

الأول: المُطْلَق وشرطه التكليف[١]، فلا يقع طلاق الصبيِّ والمجنون، تنجيزاً وتعليقاً، ولو قال المراهقُ: إذا بَلَغْتُ فأنت طالقٌ، ثم بلَغ، لم يقع الطلاق، وكذا المجنونُ، إذا قال: إن أفقْتُ، فأنتِ طالقٌ، ثم أفاق، لأنا لو أوقعنا الطلاق عنْد [البلوغُ والإفاقة، لأوقعنا بقولهما السابق، وقولهما لا يصلح للإيقاع في الحال، فكذلك لا يصلح الإيقاع عند الشَّرْط، وكذا لو قالا: أنتِ طالقٌ غداً، فجاء الغدُ، وقد بلغ الصبي، وأفاق[٢] المجنونُ، ولا ينقض ما ذَكرنا بأن يقال: الزَّوْج في وقْت حيْض المرأة، لا يملك طلاق السُّنَّة، ولو قال: أنْتِ طالقٌ للسُّنة ينعقد، ويقع إذا طَهُرت، لأن الذي يعتبره للسُّنة تعليق الطلاق بوقت، ووصف بصفة، فاحتجنا إلى الانتظار.

وأما قولُه: «الرُّكْن الثاني»: إلى قوله: «وَجْهَان» التطليقُ إمَّا أن يكونَ بلَفْظٍ أو بغيره، وعلى التقديرين، فأمَّا أن يصدر من الزوج نَفْسه، أو ممن فوَّضه إليه، والتفويض إمَّا أن يكون إلى الزوجة أو إلى غَيْرها إن كَان إلى غَيْرها فهُو توكيلٌ، وحكمه قَدْ تبين في «الوكالة» فبقي كلام الرُّكْن مشتملاً على ثلاثةِ فُصُول: فصْل في اللفظ الذي يقَعُ به الطَّلاَق، وفصْل في الأفعال الَّتِي تقُوم به، وفصْل: في تفويض الطَّلاق إلى الزوجة، وما تختص به بهذا التفويض من الأحكام.

أمَّا الفصل الأول: فاللفظ ينقسم إلى: صَريح: وهو الذي لا يتوقَّف وقوع الطلاق به على النية [كناية وهو ما توقف على نية][٣] أماَ الصريح؛ فلا خِلاَف أن لفْظ الطَّلاق

---

(١) أي يكون مكلفاً فيصح من السفيه والمريض.

(٢) قال النووي هكذا اقتصر الغزالي وغيره في شرط المطلق على كونه مكلفاً، وقد يورد عليه السكران، فإنه يقع طلاقه على المذهب، وليس مكلفاً كما قاله أصحابنا وغيرهم في كتب الأصول، ولكن مراد أهل الأصول، أنه غير مخاطب حال السكر، ومرادنا هنا أنه مكلف بقضاء العبادات بأمر جديد والله أعلم.

قلنا: تقدم في البيع التنبيه على ذلك وأن الشافعي نص على أنه مكلف.

قال في المهمات: والاعتذار الذي ذكره آخراً عجيب لا ارتباط له بالسؤال وكأنه انتقل ذهنه من قول الفقهاء يقع طلاقه إلى كونه مكلفاً فشرع يجمع بينه وبين قول الأصوليين أنه ليس مكلفاً.

وقال الشيخ ولي الدين العراقي حمل كلام الفقهاء في أنه مكلف على قضاء العبادات بأمر جديد لا يحصل به الغرض من وقوع طلاقه، فإن وقع طلاقه إن دل على التكليف فهو واقع في حال قيام السكر، وقد حمل التكليف على القضاء بعد الإفاقة والله أعلم. انتهى.

(٣) قال في الخادم: هذا حكم الصريح لا حقيقته، والأولى أن يعرف بالذي لا يحتمل إلا بمعنى واحداً لأن الرافعي قال في تفسير الكتابة وهي مقابلة له أنها ما احتمل معنيين فصاعداً هي في أحدهما أظهر وفيه نظر لأن هذا ينطبق على النص، وقيل الصريح ما ظهر المراد منه ظهوراً بيناً بحيث إنه يسبق إلى فهم السامع المراد به، ثم قال قد استشكل هذا التفسير بقولهم بعده أنه لا بدّ من قصد لفظ الطلاق لمعنى الطلاق ليخرج به النائم ومن سبق لسانه إلى آخر ما ذكره وهذا=

صريحٌ في معْناه؛ لاشتهاره فيه لغةً وشرعاً، والسَّرَاح والفِرَاق صريحان أيضاً؛ لورودهما في الشرع، وتكررهما في القرآن بمعنى الطلاق؛ قال تعالى: ﴿وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً﴾ [الأحزاب: ٤٩] وقال تعالى: ﴿وَفَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق: ٢] وقال تعالى: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا﴾ [النساء: ١٣٠] واحتج الأصحاب أيضاً بأن النبيَّ - ﷺ -: سُئِلَ عن قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾ [البقرة: ٢٢٩] فقيل أين الثالثة فقال: ﴿أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[1] [البقرة: ٢٢٩] فسمَّى التسريحَ طلاقاً، وبأنه إزالة ملك، فلا ينحصر صريحُه في لفْظ واحدٍ قياساً على العِتْق.

وقال أبو حنيفة - رحمه الله -: السَّرَاح والفِرَاق ليْسا بصريحين، ويُحْكَىٰ هذا قولاً عن القديم، ونسبه أبو الحسن العَبَّادي إلى رواية أبي عبْد الرحمن القزاز السمرقندي - رحمه الله - ووجهه بأن هذين اللفظين لم يشتهرا في الطَّلاق، ويستعملان فيه وفي غيره،

= السؤال ذكره في المهمات فقال في الركن الثالث: القصد إلى الطلاق يشترط أن يكون قاصداً بحروف الطلاق لمعنى الطلاق ولا يكفي القصد إلى حروف الطلاق من غير قصد معناه، فإن قيل كيف يجتمع هذا مع قولهم أن الصريح لا يحتاج إلى نية بخلاف الكتابة، قلنا: جمع بينهما بعض فضلاء العصريين بأن الصريح يشترط فيه قصد اللفظ والمعنى، والكتابة يشترط أيضاً أن يكون الإيقاع بذلك اللفظ ويؤيد هذا الجمع ما نقله عن إسماعيل البوشنجي أنه إنما يقع الطلاق بقوله أنت عليّ حرام، إذا نوى حقيقة الطلاق. وقصد بهذا اللفظ وقد تقدم أنه لا بدّ أيضاً من العلم بمدلول اللفظ، ومقتضاه أنه لا يكفي قصد لفظ الطلاق لمعنى الطلاق. انتهى.

قال في الخادم: عدم اشتراط النية في الصريح مخصوص بغير الوكيل وبغير المكره، أما الوكيل في الطلاق فهل يشترط نية إيقاعه الطلاق عن موكله؟ له وجهان غير مرجحين، وينبغي أن يكونا فيما إذا كان للموكل زوجة وترجح الاشتراط لتردده بين زوجتين، فلا بدّ من مميز، أما إذا لم يكن له غيره ففي اشتراط النية نظر لتعين المحل القابل للطلاق من أهله، وأما المكره على الطلاق إذا قصد الإيقاع وقع على الأصح. فقد صارت نيته شرطاً في عمل الصريح.

قال الرافعي هناك أن صريح لفظ الطلاق عند الإكراه كالكتابة عند الطواعية إن نوى وقع وإلا فلا.

وقال في الخادم أيضاً بعد ذلك قال في البحر نقلاً عن ابن القاص: كل كتابة ينوي فيها إلا واحدة وهي إذا قال أطلقت امرأتك أو امرأتك طالق، فقال نعم، وقع الطلاق في الحكم ولا يعتبر نية وفي قول تعتبر، وقال المزني في المنثور: يلزمه في الحكم، وهذا مما استخير الله تعالى فيه، والصحيح أن لا ينوي فيه في الحكم لأن جواب الصريح صريح ويكون تقديره نعم طلقت امرأتي، ولهذا لو قال لفلان: عليك ألف، فقال نعم، كان إقراراً، فالطلاق أولى بذلك.

(١) أخرجه الدارقطني من طريق حماد بن سلمة عن قتادة عن أنس، وصححه ابن القطان، وقال البيهقي: ليس بشيء، ورواه الدارقطني أيضاً والبيهقي من حديث عبد الواحد بن زياد عن إسماعيل ابن سميع عن أنس، وقالا جميعاً: الصواب عن إسماعيل عن أبي رزين عن النبي ﷺ مرسلاً، قال البيهقي: كذا رواه جماعة من الثقات، قلت: وهو في المراسيل لأبي داود كذلك، قال عبد الحق: المرسل أصح، وقال ابن القطان: المسند أيضاً صحيح، ولا مانع أن يكون له في الحديث.

فأشبَه لفظ البائن والحرام، وتكلم الإمام على ما قيل إن القرآن وَرَد بِهما؛ بأنه لم يرد مَوْرِدَ بَيَانِ اللفظ، وإنما هو مَسُوقٌ لغرض آخر، فهو كقَوْل القائل: حقّ الضيفِ أن يُكْرَم أو يُسَرَّح، لا يعني به، أنَّه يقال له: سَرَّحْتُك، ومعنى هذا المعنى حاصل في لفظ الطلاق أيضاً، إلاَّ أن يعَوَّل فيه على العُرْف اللغوي، وليعلَّم بما ذكرنا قوله في الكتاب «وَكَذَا لفظ السَّرَاحُ وَالفِرَاقُ» بالحاء والواو، ويجُوز أن يعلَّم بالميم أيضاً؛ لأن «صاحب الشامل» حكى عن أصحاب مالك ـ رحمهم الله ـ: أنهما ليسا بصريحين، ولكن لا يفتقر إلى النِّيَّة، كما في الكنايات الظاهرة على ما سيأتي، وهذا كلام من يفسر الصريح والكناية، بغير ما قدَّمناه من التفسير.

إذا تقرَّر ذلك فقوله: أنْتِ طالقٌ أو مطلَّقة أو يا طالقُ أو يا مطلقةُ صريحٌ، وعن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أن قوله يا طالق أو يا مطلقة ليس بصريح، وفي «شرح مختصر الجويني» وجه مثْله غريبٌ، والمشتق من الإطلاق كقوله: أنتِ مُطلقةٌ بإمكان الطاء أو يا مطلقةُ ليس بصريح، لعدم الاشتهار، وإن كان الإطلاق والتطليق متقاربين كالإكرام والتكريم، وفي «العُدَّة» حكايةُ وجه: أنَّه صريح وفي قوله أنْتِ طلاق أو الطلاق أو طلقة وجْهان:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة ومالك ـ رحمهما الله ـ أنَّه صريحٌ، كقوله يا طالقُ.

وأصحُّهما وبه قال القَفَّال: أنَّه مصْدَر، والمصادر غيْر موضوعة للأعيان، وتستعمل فيها على سبيل التوسُّع.

ولو قال: أنْتِ نصْف طالق، فهو كناية أيضاً وذكر في «التهذيب» أن قولَهُ لك طلقة صريحٌ، وأن قوله: أنت نصْف طالق صريحٌ، كقوله نصفك طالقٌ، ونَقَل أبو الحسن العبَّادي خلافاً في قوله أنت طالقٌ نصْفَ طلقة، ويجوز أن يجيْء، هذا الخلاف في قوله: أنْتِ نصْفُ طالق[1] وقوله: أنْتِ والطلاق، أو[2] أنت مطلقة كناية أي قرنت بينك وبينها، وإذا قلْنا بالظاهر في لفظي الفرَاق والسَّرَاح، فقوله: فارقْتُكِ وسرَّحْتُكِ صريحان، وفي الاسم منهما، وهو المفارقة والمسرحة وجْهان، سواءٌ الوَصْف بأن قال: أنْتِ مُسَرَّحة، أو مُفَارَقَة، والنداء بأن قال يا مسرَّحة أو يا مفارَقَة.

أصحُّهما: أنهما صريحان أيضاً؛ كالمطلقة.

---

(١) قال الشيخ البلقيني: هذا ليس بمسلم، فإن قوله أنت نصف طالق كقوله: أنت طالق، وهو صريح قطعاً، وقوله: أنت نصف طلقة كقوله: أنت طلقة، وفيه خلاف أنت الطلاق، وأنت طلاق لأنه إخبار بالمصادر عن الحدث، فجرى الخلاف فيه بخلاف أنتِ طالقٌ. انتهى.

(٢) في ز: و.

والثاني: المَنْع، وهو الذي ذكَره القَفَّال في «شرح التلخيص»؛ لأن الوارد في القرآن منهما الفِعْل دون الاسم، بخلاف الطلاق فقَدْ قال ـ تعالى ـ: ﴿**والمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ**﴾ [البقرة: ٢٢٨].

ويجيْء في قوله: أنْتِ الفِرَاقُ وأنْتِ السَّرَاح ما ذكَرْنا في قوله: أنْتِ الطَّلاَقُ من الوجهين.

ولو قال: عنيت بقولي: أنتِ طالِق إطْلاقها من الوثاق، فقد مرَّ أنه لا يُقْبَل في الظاهر، ويدِين، وعن مالك أنَّه يُقْبَل في حال الرِّضا دون حال الغضب، ولو قال في لفظ الفِرَاق: عَنيت المفارقة: في المنزل، وفي لفظ التسريح إلى منزل أهلها، فكذلك يَدين، ولا يُقْبَل في الظاهر وكذا لو قال: أردتُّ خطاب غيرها، فسَبَق لساني إلَيْها.

ولو صرَّح بذلك فقال: أنْتِ طالقٌ من الوثاق أو سرَّحْتكِ إلى موضع كذا، أو فارقتك في المَنْزل خرج عن كونه صريحاً، وصار كناية قال في «التتمة»: وهذا في ظاهر الحُكْم، وأمَّا فيما بينه وبيْن الله تعالى، فإنَّما لا يقع الطلاق إذا كان على عزْم أن يأتي بهذه الزيادة، من أول كَلاَمِه، فأما إذا قال: أنْتِ طالقٌ، ثم بدا له فوصَلَ به هذه الزيادة فالطلاق واقع به في الباطن، ولو لم يكن في عزمه في الابتداء، ثم عَرَض على هذه الزيادة في أثناء الكلام، فوجهان سيأتي نظيرهما في «الاستثناء» وغيره، وكذَلِكَ مَوْضِع التديين فيما إذا لم يتلفظ بالزيادة، وقال نَوَيْتُها، إذا كان ناوياً من الابْتِدَاء دون ما أحدثت إلَيْه بعد تَمَام الكلام، وإن حَدَث في أثنائه فعَلَى الوجهيْن.

وقوله في الكتاب: «إنَّ الصريح لَفْظ الطلاقِ وكذا السَّراح والفِرَاق» وقد يظن أن قولَهُ: «وَكَذَا السَّرَاحُ والفِرَاقُ» معطوف على قوله: «أن الصَّرِيحَ لَفْظُ الطَّلاَقِ» لكن قولنا: «الصريح لفظ الطلاق» جملةٌ تفهم الحصر فإذا عطف عليها قولُه «وَكَذَا السَّرَاحُ والفِرَاقُ» كانت هذه جملةً حاضرةً أيضاً وحينئذٍ فتنافي كل واحدة صاحبتها فإذَن قوله: «السَّراح والفِرَاق» معطوف على قوله: «لَفْظ الطَّلاق» وحْدَه لا على قوله: «الصريحُ لَفْظُ الطَّلاَقِ» وكأنَّه قال: الصريحُ لفظُ الطَّلاَق والسَّرَاحُ والفِرَاقُ، وهو ما اشتهر في كلام الأصحاب أن صرائح الطلاق ثلاثة وقضية هذا الحصر أن لا يكون الخُلْع صريحاً في الطلاق، وفيه خلاف قد يقدَّم[1]، وألاَّ يكون قولُه: «حَلاَلُ اللّهِ عَلَيَّ حَرَامٌ صريحاً» وفيه خلافٌ سيأتي.

وقوله «أنْتِ مطلقَةٌ» يجوز إعلامه بالحاء والواو؛ لما سبق، وقوله «دُون المُشْتَقِّ مِنَ الإطْلاَقِ» بالواو، وقوله: «لَيْسَ بِصَرِيح» بالحاء والميم، ما يجوز أن يُعاد على قوله «صريحان» الحاء والميم الموضوعان على قَوْلِه، وكذا الفراقُ والسَّرَاح.

---

(١) قال في الخادم: ما أورد على الحصر مردود، أما الخلع فإن مأخذ صراحته ذكر المال ولو خلا عنه فليس بصريح على المذهب والمعقود له الباب، إنما هو الطلاق الخالي عن العوض.

فرعٌ: قَوْلُهُ: «أوقعتُ عليْكِ طلاقي» صريحٌ، قاله القاضي الرُّوياني، وأمَّا قوله «معنى الطلاق» إلى قوله: «فيه وجْهان» فيه مسألتان:

إحداهما: ذَكَر الأصحاب أن ترجمة قوْل القائل: أنتِ طالقٌ بالعجمية توهشته[١] وقال الإمام وصاحب الكتاب: ترجمة قوله: (طلقتك دست ما راداشتيم)[٢] فالمناسب لمَا قيل في ترجمة قوله: أنتِ طالقٌ: أن يقال ترجمته: (بهشتم مرا أو مرا بهشتم)[٣] وكذا ذَكَره القاضي الرُّوَياني، ولم يشترطوا في الترجمة أن يقول (هشته أو بهشم أرزني[٤])[٥] كما لم يشترط في العربية أن يقول: من نكاحي أو من النكاح، ومعنى قوله: «سَرَّحْتُكِ» (گسيل كردم مرا)[٦] وقوله: «فَارَقْتُكِ هو (أزتوجد الشتم)[٧].

إذا عرف ذلك، ففي ترجمة لَفْظ الطَّلاَق بالعجمية وسائر اللغات وجهاً ولم يورد أكثرهم غيْره: أنَّها صريحةٌ؛ لكثرة استعمالها في معناها عنْد أهْل تلْك اللغات شهرة العربية عنْد أهلها.

والثاني: ويُنْسَبُ إلى الإصطخري: أنها ليْسَتْ صريحةً[٨]، لأن اللفظة العربية هي الواردة في القرآن والمتكررة على لسان جملة الشرع، ويكن أن يُقَال: إنها الشائعة في جميع اللغات، ولم يتعرَّضوا ها هنا للفرق بين أن يُقَدَّر على العربية أو يُقَدَّر كما فَعَلوا في النِّكَاح، وعن القاضي الحُسَيْن وجه فارق بين أن يقول(توهشته أي)[٩] فيجعل صريحاً، بين أن يَقُول (دست ما ردا شتم)[١٠] فلا يكون صريحاً وأنكره الإمام، وقال: لا يكُونُ هذا المعنى قوله: طَلَّقْتك، فليكنْ صريحاً كقوله «توحشته» أي الَّذي هو معنى: أنْتِ طالقٌ، ويشبه أن يُقَال إنه لَيْس معنى قوله: طلقْتُكِ، كما أشرنا إلَيْه، وأن معناه وهو (وابهشيم)[١١] صريحٌ، ثم في العُدَّة وجه: أن هذا إنما يكون صريحاً، إذا قال معه

---

(١) كلمة فارسية بمعنى: أنتِ طالقٌ.

(٢) جملة فارسية بمعنى: نفضت يدي منك.

(٣) جملة فارسية بمعنى: خلصتني أو خليتيني.

(٤) جملة فارسية بمعنى: طالق أو طلقتك.

(٥) يعني: غير لائقة.

(٦) جملة فارسية بمعنى: تخليت عني كاملاً أو فارقتني كاملاً.

(٧) جملة فارسية بمعنى: انفصلت عنك.

(٨) اقتصاراً في الصريح على العربي لوروده في القرآن وتكرّره على لسان حملة الشرع.

(٩) جملة فارسية بمعنى: أنتِ طالقٌ.

(١٠) جملة فارسية بمعنى: إنك كنت في عصمتنا.

(١١) يعني: طلقتك.

(ارزني)[١]، والظاهر أنَّه لا حاجة إليْه، ومن قال به، فليقل بمثله في توهشته، ولو قال توهشته، قال إسماعيل بن أبي القاسم البوشنجي: هو (وازآن قوْل القائل)[٢] (توطلاق) قال: وقد نقل شيخي عن القاضي أنه كان يقول: قوله بَوطلاق لم يكن صريحاً بِمَرْوَ الرُّوذ، ثم صار صريحاً، ولك أن تقول قوله (توهشته أي وازان قول القائل توطالق وازآن قوله توطالق)[٣] ثم الأصْل في (توطالق وتوطلاق توطالقي، وتوطلاقي)[٤] فإن اطرد عرف قوم بحذف الياء وفهموا من «بوادنا» ما يفهمون من «بوداناي» كان ذلك صريحاً فيما بينهم، ثم يجيء في قوله: توطلاق وتوطلاقي الخلاف المذكور في قَوْلِه: أنْتِ الطلاق، وأما ترجمة السَّرَاح والْفِرَاق ففيهما الوجهان المذكوران في ترجمة الطَّلاق، ولكن بالترتيب، وهي أوْلَىٰ بألاَّ لا تجعل[٥] صريحة؛ لأن ترجمتها بعيدةٌ عن الاستعمال في الطَّلاق.

قال الإِمام ـ رحمه الله ـ وهذا أظهر، وبه أجاب القاضي الروياني في «الحلية».

ولو قال: ببطلان (زن من)[٦] فهو صريح، حكي ذلك عَنِ القفَّال وغيْره.

ولو قال لامرأته في حال الغَضَب: (يك طلاق وروطلاق)[٧]، وسكت، لا يقع الطلاق.

ولو قال: (يك طلاقٌ مراء)[٨]، أو قال (وراسه: طلاق)[٩] يقع، ذَكَره القاضي الحُسَيْن في «الفتاوى»، وهو قريب من قوله: لك طلقةٌ، وقد نَقَلنا أنَّه صريحٌ.

وقال إسماعيل البوشنجي: لا أرى هذا طلاقاً واقعاً؛ لأنه لم يتضمْن إيقاعاً، وقول القائل: لك هذا الثوبُ، يحتمل الإِخبار عن المِلْك، ويحتمل الهبة، وروي ما رآه عن محمد الماخُوني، والأول عن أبي المُظَفَّر السمعاني، وروي عن سعيد الأَسْتَرَابَاذِيِّ: أنه لا يقع، وإن نوى.

ولو قالت له امرأته: (دست از من بدار)[١٠] فقال: (بداشتم)[١١]، فقالت: (نه

---

(١) يعني غير لائقة.
(٢) يعني: وفي ذلك قول القائل. (٣) يعني: أنتِ طالقٌ.
(٤) يعني: أنتِ طالقٌ ومن ذلك قول القائل: أنتِ طالقٌ.
(٥) يعني: أنتِ طالقٌ، وأنتِ الطلاق هو أنك مطلقة وأنتِ مُفَارقَة.
(٦) وجزم به ابن المقري في روضه للاختلاف في صراحتهما بالعربية فضعفا بالترجمة.
(٧) جملة فارسية بمعنى: طلاق زوجتي أو امرأتي.
(٨) جملة فارسية بمعنى: طلقة واحدة وطلقتين.
(٩) جملة فارسية بمعنى: أنتِ مني طالق مرة واحدة.
(١٠) يعني: أنتِ مني طالق ثلاثاً.
(١١) جملة فارسية بمعنى: ارفع يديك عني، يعني: خلصني.

طَلاَقْ)[١] فقال: يشبه طلاق، وقال القاضي الحُسَيْن: يَقَع ثلاث طلقات؛ لأنَّ كلامه يترتَّب على كلامها.

ولو قال: (طلاق نها دم تورا)[٢] فعن أبي العبَّاس الروياني: أنّه يكون صريحاً في إيقاع الطَّلاق عليه، قال: وقيل: هو كما لو قال: وضعتُ عليْكِ الطلاق، وفي كونه صريحاً وجهان والله أعلم.

وقوله في الكتاب «صريحٌ على الأصحّ»، يجوز إعلامه بالحاء؛ لأنّه روي عن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أن قوله: (توهشته اى)[٣] أي إنما يكون طلاقاً إذا نوى وفي تصريحه، بالأصح من الخلاف في قوله: توهشته (وإرسال الخلاف) بصراحة في قوله (دست ما رادا شتم)[٤]، ما يشير إلى قوله توهشته أي أولى بالصراحة، على ما حكَيْنا على القاضي ـ رحمه الله ـ.

المسألة الثانية: إذا اشتهر لفظة في الطلاق سوى الألفاظ الثلاثة الصريحة؛ كقول القائل: حلالُ اللَّهِ عليَّ حَرَامٌ، أو أنتِ عليَّ حرامٌ أو الحلال أو الحل عليَّ حرام، فهل يلتحق بالصريح[٥]؟ فيه وجُوهٌ:

أظهرها: وهو المذكور في «التهذيب» وعليه تنطبق فتاوى القَفَّال، والقاضي الحُسَيْن والمتأخرين، نعم؛ لغلبة الاستعمال وحصول التفاهم.

والثاني: لا، ورجَّحه صاحب «التتمة» ووُجِّه بأن الصرائح تُؤْخَذ من ورود القرآن بها، وتكرُّرها على لِسَان حَمَلة الشريعة، وإلاَّ فلا فَرْق إذا نَظَرْنا إلى مُجَرَّد اللغة والاستعمال بيْن الفراق والبينونة.

والثالثُ: حكى الإمام عن القَفَّال أنّه إن نوى شيئاً آخر من طَعَام وغيره، فلا طَلاَق، وإذا ادَّعاه صُدِّق، وإن لم ينْو شيئاً آخر، فإن كان فقيهاً يَعْلَم أن الكناية لا تَعْمَل إلاَّ بالنية، لم يقع طلاق، وإن كان عاميًّا، سألْناه عما يفْهَم منه إذا سمعه من غيره، فإن قال: يسبق إلى فَهْمي منه الطلاق، حمَلْنا قوْلَه على ما يفهمه من غيره، قال: وهذه قريبة متوسطة بين الصريح والكناية، ولم ينقل صاحب «التتمة» عن القَفَّال هذا الفصْل الآخر، بَلْ حكي عنْه: أنه إن نوى غير الزوجة فذاك، وإلا حكَمْنا بوقوع الطلاق

(١) يعني: خلصتك.
(٢) جملة فارسية بمعنى: إنه ليس طلاقاً.
(٣) جملة فارسية بمعنى: أوقعت عليك الطلاق.
(٤) أنتِ مفارقة أو أنتِ طالق.
(٥) جملة فارسية بمعنى: نفضنا يدنا عنك.
(٦) في ز: بالصرائح.

للعُرْف[١]؛ ألا ترى أن العادة ألاَّ يحلف بهذه اللفظة من لا زوجة له، وفي «فتاوى القاضي الحُسَيْن»، أنَّه لو كان تحته امرأتان، فقال حلال الله عليَّ حرامٌ، إن خِطْتُ في هذه الدار، فخاط يقع على كل واحدةٍ منْهما طلقة، ويوافقه ما ذكر الشيخ الحُسَيْن في فتاويه: أنَّه إذا قال: حلال الله عليّ حرام وَلَهُ أربع زوجات يطلقن جميعاً إلا أن يريد بعضَهُنَّ لكنْ ذكر بعد ذلك أنَّه لو قال: إن فَعَلْتُ كذا، فحلال الله عليَّ حرامٌ، وله امرأتان، ففَعَل ذلك الفعْل، تطلَّق واحدةٌ منهما؛ لأنه اليقين ويؤمر بالتعيين، قال: ويحتمل غيره، فحصل تردُّد[٢].

وعن القَفَّال أنه لو قال: (حلال جداى دركردن من حرام)[٣](كه فلان كانى بكنم)[٤] لم يكن شيئاً إلاَّ أن يقول (مر كردن من حَرَام)[٥] فقيل له: أليس لو قال (فلان رادركردن من هر كرادارم)[٦] يكون إقْراراً فقال الإِقرار لا يُشْبه هذا، ويمكن أن يكون السَّبَب في ذلك أن صلة الحرمة عليَّ، فقال: حرم عليه كذا، وفي الإِقرار كما يقال لفلانٍ عليَّ كذا، يقال: له في ذمتي كذا.

فَرْعٌ: يقع في لسان أهل العُرْف (هرجه ير نان حلا لست يرمن حرام ولى حس بكنم)[٧] ويُشْبه ألاَّ يجعل هذا، كقول القَائِل: حلالُ اللَّه عليَّ حرام؛ لأنَّه لا يشتهر في

---

(١) قال النووي: الأرجح الذي قطع به العراقيون والمتقدمون، أنه كناية مطلقاً.

(٢) قال النووي في زياداته: الظاهر المختار الجاري على القواعد، أنه إذا لم ينوهما، لا تطلق إلا إحداهما، أو إحداهن، لأن الاسم يصدق عليه، فلا يلزمه زيادة، وقد صرح بهذا جماعة من المتأخرين، وهذا إذا نوى بـ: حلال الله عليّ الطلاق وجعلناه صريحاً فيه والله أعلم.

قلنا: قال في المهمات: سبقه إلى هذا الترجيح ابن الصلاح في فتاويه.

وقال الشيخ البلقيني: وفي العتق لو التزم العتق وله عبيد، لم يلزم عتق الكل قطعاً ولا يجري هذا الخلاف الذي حكاه المصنف وظهر لي في الفرق بينهما أن العتق لا انحصار له فيما يملكه الشخص حالة الحلف بدليل أنه لو ملك عبداً بعد الحلف، جاز له أن يعينه للعتق، وكذا يجوز التزام العتق وأن يملك شيئاً بخلاف الطلاق فإنه محصور فيما يملكه الشخص، فأمكن القول بوقوع الطلاق على رأي. انتهى.

قال الشيخ ولي الدين العراقي: هذا الذي ذكره الشيخ رحمه الله محله في الالتزام بالنذر وفي الحلف بالله صح، أما تعليق العتق على صفة فهو كتعليق الطلاق من غير فرق. انتهى.

ومراده تعليق العتق الحلف من عبده أو عبيده أو مما يملكه، فهذا كتعليق الطلاق بخلاف من لا يملك رقيقاً إذا حلف بالعتق.

(٣) جملة فارسية بمعنى: الانفصال من عملي هذا، فإنه حرام.

(٤) يعني: لأن فلاناً يفعل ما أفعل. (٥) جملة فارسية بمعنى: إن عملي حرام.

(٦) جملة فارسية بمعنى: إن فلاناً يقع عليه كل ما أنا عليه.

(٧) جملة فارسية بمعنى: كل ما هو حلال على المسلمين، فهو عليّ حرام. إلا أنني أشعر به (ولي حس بكم).

الطلاق اشتهار تلك اللفظة، وربما أتى بها من الزوجة، فإن اشتهر في بُقْعَة في الطلاق فلا فَرْق.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (أما الكِنَايَةُ): فَهِيَ كُلُّ لَفظٍ مُحتَمَلٍ كَقَوْلِهِ: أَنتِ خَلِيَّةٌ وَبَرِيَّةٌ وَبَائِنَةٌ وَبَتْلَةٌ وَٱعْتَدِّي وَٱسْتَبْرِئِي رَحِمَكِ وَٱلْحَقِي بِأَهْلِكِ، وَحَبْلُكِ عَلَى غَارِبِكِ وَلاَ أَنْدَهُ سَرْبَكِ وَٱعْزُبِي وَٱذْهَبِي وَٱخْرُجِي وَمَا أَشْبَهَهُ، وَأَخْفَى مِنْهُ قَوْلُهُ تَجَرَّعِي أَيْ: كَأْسَ الفِرَاقِ وَذُوقِي وَتَزَوَّدِي، أَمَّا قَوْلُهُ: ٱشْرَبِي فَفِيهِ خِلاَفٌ، وَقَوْلُهُ: كُلِي أَبْعَدُ مِنْهُ، وَتَرَدَّدُوا فِي قَوْلِهِ: أَغْنَاكِ اللَّهُ، أَمَّا الَّذِي لاَ يَحْتَمَلُ كَقَوْلِهِ: ٱقْعُدِي وَٱغْرُبِي.

قال الرَّافِعِيُّ: القسم الثاني: الكنايات، وكما يقع الطَّلاَق بالصريح، يقع بالكناية مع النية بالإجماع[١]، وقد رُوِيَ أن رجُلاً على عهْد عمر ـ رضي الله عنه ـ قال لأمرته حَبْلُك على غَارِبِكِ، فلقيه عمر ـ رضي الله عنه فقال: أَنْشُدُك ربَّ هذا البيت: هل أردتَّ بقولك «حَبْلُكِ على غَارِبِكِ» الطَّلاَقَ؟ فقال الرجل: أردتُّ الفراقَ، فقال: هو ما أردتَّ.

والكنايات على كثرتها وخروجها عن الحَصْر تنقسم إلى: جليَّة، هي التي يكثر استعمالُها في القرآن، وتقوي دلالتها عليه، وإلى: خفية؛ وهي التي تنحط مرتبتها من الوجْهَيْن، أمَّا الجليَّة: ففي تعليق الشيخ أبي حامد؛ حصَرها في ستَّة ألفاظ، وهي؛ أنت خليَّة[٢] وبريَّة،[٣] وبَتَّة[٤] وبتلة[٥] وبائِن[٦] وحرامٌ، وأضاف إليها أبو الفرج السرخسيُّ أربعةً أخرى، وهي؛ أنت حُرَّةٌ، وأنت واحدةٌ، واعتدِّي، واستبرئي رَحِمَكِ، وحَصَرها في هذه العشرة، وكلام الإمام وصاحب الكتاب يقارِبُ الأوَّل، وعدُّ الحرام من الكنايات جواب على أنَّه لا يلتحق بالصرائح، أو فرض في البقاع الَّتي لم يشتهر اللفْظ فيها، والبَتْل: القَطْع، كالبَتِّ، وهما مصدران، وأما الخفيَّة كقوله: اعتدِّي، واستبرئي رَحِمَكِ، على طريقة الشيخ أبي حامد، أي طلقتك فاعتدِّي، وكقوله: الْحَقِي بأهْلِكِ[٧]،

(١) عن المطلب أنه لا يقع طلاق السكران بالكناية إذا نوى ونوزع في ذلك لأنه إن تصور منه النية فكيف لا يقع طلاقه.

(٢) أي خالية مني. (٣) بهمز أي منفصلة.

(٤) بمثناة قبل آخره، أي مقطوعة الوصلة مأخوذة من البت وهو القطع وتبكيرها جوّزه الفرّاء، والأصح مذهب سيبويه أنه لا يستعمل إلا معرّفاً باللام.

(٥) أي متروكة النكاح، ومنه قوله ﷺ: نهى عن التبتل.

(٦) من البين وهو الفراق، وبائن هو اللغة الفصحى والقليل بائنة.

(٧) بكسر الهمزة وفتح الحاء، وقيل بالعكس وجعله المطرزي خطأ، أي لا في طلقتك سواء كان لها أهل أم لا.

وحبْلُكِ على غارِبِكِ، والغارب ما تقدم من الظهر وارتفع من العُنِق، ويقال؛ هو أعلى السَّنام، وهما متقاربان، أي خليت سبيلَكِ، وأصله في الناقة يُلْقَىٰ خطامها على غَارِبِها؛ لترعى كيْف تشاء.

وقولُه لا أنده سَربك ونده الإبل زجرها، والسّرب الإِبل وما يرعى من المال، أي فارقتُك، فلا أهتَمُّ بشأنك.

وقوله: اغْرُبِي واعزُبي، يقال: عَزَب عنِّي أي غاب يَعْزُب تباعد، وقوله: اخْرُجي، واذْهَبِي، وسَافِرِي، وتجنَّبي، وتجرَّدِي، وتقنَّعِي، وتستَّري، والزَمِي الطَّريقَ، وبيني وأبْعدي، وودعيني، وَدعيني، وبَرِئتْ منْكِ، ولا حاجة لي فِيكِ، وهو استعارةٌ وتجرعي، وذُوقِي أي مرارته، وتزوَّدي أي تعبّئي، استعدي للذَّهَاب واللحوق بأهلك، فقد طلَّقْتُك، وقد تنازع في «أن تزودي» لأنَّه أخفى ممَّا تقدَّم من الألفاظ، وفي قوله اشربي، وجهان عن أبي إسحاق، ويُرْوَى عن أبي حنيفة أنَّه ليس بكناية، لبُعد استعماله في الطلاق، وعن ابن القاصِّ، وهو الأظهر أنَّه كناية أي شراب الفراق، ويُرْوَىٰ هنا[1] عن النَّصِّ، والأظْهَر أنَّ كلي في معناه، وعن الشيخ أبي محمَّد: القَطْع بأنه ليس بكناية، لأنه أبعَدُ عن الاستعمال في هذا السياق، وفي قوله: أغْنَاكِ اللَّهُ تَعَالى وجْهَان عن صاحب التلخيص؛ أنَّه كناية، لأنَّ التفرُّق سبب الغناء، على ما قال ـ تعالى ـ: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلاً مِنْ سَعَتِهِ﴾ [النساء: ١٣٠] فيجوز أن يعبِّر بأحدهما عن الآخر، وأقربهما على ما ذكره الإمام المَنْعُ، كما لو قال: بارَكَ اللَّهُ فِيكَ أو دعا بدعوة أخرى.

وفي قوله «قومي» وجْهَان أيْضاً:

أصحُّهما: عند القاضي الرُّوياني وغيره، أنَّه لَيْس بكناية؛ لأنَّه لا يشعر بالمفارقة، والمذكور منهما في «التهذيب» أنه كناية، كأنَّه يشير إلى الانتهاض، والانتفال.

وأمَّا الألفاظ التي لا دلالة لها على الطَّلاق، ولا تحتمله إلا على تأويل متعسِّفٍ، فلا أثر لها؛ فلا يَقَع بها الطلاق، وإن نَوَى ذلك، كقوله: «بَارَكَ اللَّهِ فِيكِ، وأحْسَنَ اللَّهُ جزَاءَكِ» وما أحسن وجْهَكِ وَتَعَالَي، واقْرُبِي واغزلي، واسقيني، وأطْعِميني، وَزوِّديني، وما أشبهها وعند صاحب «التهذيب» وصاحب الكتاب وغيرهما قوله: اقعدي، من هذا القبيل.

وذكر الروياني في «الحلية» أنَّه أصحُّ الوجهين، وحكى في «التجربة»[2] عن أبيه أنَّه كناية، لأنَّه قد يريد القعود عن خدمة الزوج؛ بسبب الفراق، وأيضاً فقد يريد القعود للعِدَّة.

وقال القاضي أبو الطيِّب: قال الماسرجسي: في القلب من قوله: زوديني شُبْهةٌ؛

---

(١) في ز: عن هذا. (٢) في ب: التجزئة.

لأنّه يجُوز، أن يكُون إشَارةٌ إلى الطَّلاق من حيثُ إن الزاد يطلب للفراق، وكذلك حكى الحناطي وجهاً في قوله: «زَوِّدِيني» «وَأحْسَنَ اللّهُ جزاءك» وغيرهما: أنّه إذا نوى، وَقَع الطلاق. وعن مالك أن كل لفظة نوى بها الطلاق، وقَع الطلاق، وإن لم يكُنْ فيها مَعْنى الإزالة.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَقَوْلِهِ: أَنْتِ حُرَّةٌ وَمُعْتَقَةٌ كِنَايَةٌ فِي الطَّلاَقِ كَمَا أَنَّ قَوْلَهُ: أَنْتِ طَالِقٌ كِنَايَةٌ فِي العِتَاقِ (ح)، أَمّا لَفظُ الظِّهَارِ وَالطَّلاَقِ كُلُّ وَاحِدٍ يَحْتَمِلُ الآخَرَ وَلَكِنْ لاَ يَكُونُ كِنَايَةً فِيهِ؛ لأَنَّ تَنفِيذَهُ صَرِيحاً مُمْكِنٌ فِي مَوْضُوعِهِ، وَلَوْ قَالَ لِغَيرِ المَدْخُولِ بِهَا: اَعْتَدّي وَنَوَى الطَّلاَقَ فَفِيهِ وَجْهَان، لأَنَّها غَيْرُ مُتَعَرِّضَةٍ لِلعِدَّةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مسألتان:

إحداهما: لو قال لامرأته أنتِ حرَّةٌ أو معتَقَةٌ، أو أعتقتُكِ، ونوى الطلاق، وقَعَ الطَّلاقُ، وكذلك لو قال لعبده، طلَّقتُك، ونوى العِتْق، يُعْتق؛ لما بيْن الملكين من المناسبة والمشاركة يصلح كل واحد منهما كنايةً في الآخر وكما أن صريح كل واحد منهما كناية في الآخر، فكناياتهما مشتركة مؤثرة في العقدين جميعاً بالنية، نعم، لو قال لعبده اعْتَدَّ أو اسْتَبْرِئ رَحِمَكَ، ونوى العِتْق، لم ينفَذْ، لأن الاعتداد واستبراءَ الرَّحِم مستحيلٌ في حقِّه، فلا يصلح كنايةً على المقصود.

ولو قال ذلك لأمته، ونوى العتق، أو لزوجته قبْل الدخول، ونوى الطلاقَ، فوجهان:

أحدهما: أنه لا تصلح للكناية؛ لأنها غير متعرِّضة للعدة.

وأظهرهما: الصحّة لأن لهما محليّة العدَّة، واستبراء الرحم في الجملة، وذلك كافٍ في صحة الكناية.

وقال أبو حنيفة: صرائحُ الطَّلاقِ، وكناياته لا يكون كنايةً في العتْق إلاَّ قوله: لا سُلْطَانَ لي عليْكِ، ولا مِلْك لي عليك؛ فإنَّه سلم نفوذ الطلاق والعتق جميعاً بهما.

ولنا القياس على ما سلَّمَه، والجامعُ أنَّها ألفاظٌ تزيل مِلْك النكاح.

الثانية: الطلاق ليس بكناية في الظهار، ولا الظهار في الطلاق، وإن كان كلٌّ واحد منهما محتملاً للآخر؛ لِمَا يشتركان فيه من إفادة التحريم؛ وذلك لأنّه أمكن تنفيذ كل واحد منهما في موضوعه الَّذي هو أصل فيه، فلا يُعْدَل عنه إلى ما هو فرع ومستعارٌ فيه، ولا سبيل إلى الجَمْع بينهما، لأن المعنيين اللذين يصلُحُ اللفظُ لهما الجَمْع بينهما كما في الأسماء المشتركة، بل تارَةً يستعمل لهذا، وتارَةً يُسْتَعْمل إلى ذلك، وإنما الَّذِي

يتناول الآحاد، ويجمع بينهما هو اللفظ العَامُّ هذا في حقّ المنكوحة أمَّا لو قال لأمته: أنتِ عليَّ كظهر أمّي، ونوى العِتْق، فالظاهر أنه ينفَذُ العتق، لأنه لا نفاذ للظهار، [كما لا نفاذ للطلاق] وكُلُّ واحدٍ منها يصلح كنايةً عن العتق.

وفيه وجه آخر: أنّه لا يصلُح كنايةً في العتق؛ لأنَّه لا يزيل المِلْك، بخلاف لفظ الطلاق واعلم أن المسألة الثانية، وإن كانت مقصودة بالذِّكر، فإنما ذَكَرها في هذا الموضع، لأنَّها قد تورد إشكالاً على قولنا إن الطلاقَ والعِتْق لكُلِّ واحدٍ منهما إشعارٌ بالآخر، فيصلُحُ كناية عنه والفرق ما تبيَّن.

وقوله في الكتاب «كَمَا أَنَّ قَوْلَهُ أَنْتِ طالقٌ كنايةٌ في العِتَاق» يجوز إعلامه بالحاء مع الألف، لأن أحمد ـ رحمه الله ـ قال في إحدى الروايتين، بمثل قول أبي حنيفة.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَلَوْ قَالَ ـ لِزَوْجَتِهِ: أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ، فَإِنْ نوى الظِّهَارَ أَوِ الطَّلاَقَ كَانَ كَمَا نَوَىٰ، وَلَوْ نَوَى التَّحْرِيمَ حُرِّمَتْ وَلَزِمَتْهُ كَفَّارَةٌ، وَلَوْ أَطْلَقَ فَالأَظْهَرُ أَنَّهُ يُوجِبُ الكَفَّارَةَ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يَلْغُو لِتَعَارُضِ الاحْتِمَالِ، وَقِيلَ: هُوَ صَرِيحٌ فِي التَّحْرِيمِ فِي مِلْكِ اليَمِينِ وَيَلْغُو فِي النِّكَاحِ مِنْ غَيْرِ نِيَّةٍ.

قال الرَّافِعِيُّ: هذه المسألة كثُرَ فيها الخِلاَف بين الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ فمَنْ بعْدَهم. وصورَتُها: أن يقول لامرأته: أنت عليَّ حرامٌ أو محرَّمة أو حرمتك، والحكم فيها على التفصيل عندنا، فإن نوى بقَوْله الطلاقَ، فهو طلاق؛ لأن الطلاق سبَبُ تحريم به البراءة، فيَصِحُّ أن يكنى: بالحرام عنه، ثم هذا الطلاق يكون رجعيًّا، فإن نوى عدداً، فهو على ما نوى، كما في سائر الكنايات.

وحكى أبو عبد الله الحناطي وجهاً: أنَّه لا يكونُ طلاقاً، إذا فرَّعنا على أنَّه صريح في اقتضاء الكفارة، على ما ستعرفه على الأثرِ، وهذا وإن كان غريباً، ففيه وفاء بالأصل الذي سبق غيْرَ مرَّة أنَّ اللفظ الصريح إذا وجد نفاذاً في[1] موضوعه لا ينصرف إلى غيره بالنية، ويحْصُل به الاستغناء عن العدد المَذْكُور في أوَّل «الخُلْع» عند التزام هذه المسألة، وإن نَوَى الظِّهار، كان ظهاراً لأن الظِّهار إنما يقتضي التحرْيم إلى أن يكفِّر، فجاز أن يكنى عنه بالحرام، وإن نواهما، فلا يثبتان[2] جميعاً؛ لأن الطلاق يزيل النكاحَ، والظِّهارُ يستدعي بقاءه، ثم فيه أوجه:

قال ابن الحدَّاد، وأكثر الأصحاب يخيِّر فما اختاره ثَبَت.

وقال بعْضُهم: يكُون طلاقاً؛ لأنه أقوى من حيث إنه يزيل المِلْك.

---

(١) في ب: يقاد إلى.
(٢) في ب: يبينان.

والثالث: ذَكَره في «التهذيب» أنَّه يكون ظِهَاراً؛ لأن الأصل بقاء النكاح، هذا إذا نواهما معاً، فإن نوى أحدهما قبل الآخر، فعن ابن الحدَّاد؛ أنَّه إن أراد الظِّهَار ثم أراد الطَّلاَق صحَّا جميعاً، وإن أراد الطَّلاق أولاً فإن كان بائناً، فلا معْنَىٰ للظهار بعْده، وإن كان رجْعياً، وكان الظهار موقوفاً فإن راجعها فهُو صحيح والرجعة، عَوْد، وإلاَّ فهُوَ لَغْوٌ[1].

قال الشيخ أبو علي: وهذا فاسدٌ عندي؛ لأن اللفظ الواحد إذا لم يجز أن يراد به التصرفان، فلا يفترق [في] الحكم بين أن يريدهما معاً أو يريد هذا ثم يريد هذا، وأيضاً، فإنه إذا نواهما على التعاقُبِ كانَتْ كل واحدة من النيتين مقارنةً لبعض اللفظ، لا لجميعه، وفي ذلك خلافٌ سيأتي.

قال: وموضع هذا النَّظَر والتفصيل ما إذا قال: أنتِ عليَّ حرامٌ كظهر أمي، يجمع بين اللفظين، وهذه الصورة بتفصيلها مذكورةٌ في الكتاب في «باب الظِّهار»، وإن نوى تحْريم عيْنِها أو فرْجِها أو وطْئها، [لم تحْرُمْ][2] عليه؛ رُوِيَ أن رجُلاً أتى إلى ابن عبَّاس ـ رضي الله عنهما ـ فقال: «إني جَعَلْتُ امْرأتِي عليَّ حَرَاماً» فقال: كَذَبْتَ ليست علَيْكَ بحرام، ثم تلا قوله ـ تعالى ـ: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ﴾[3] [التحريم: ١] يلزمه كفَّارة يمينٍ؛ لأنه لو خاطَب أمَتَه بذلك، لزمَتْه الكفَّارة، وفيه نَزَلَ قَوْلُه تعالى، لمَّا حرَّم النبي ـ ﷺ ـ ماريَةَ على نَفْسِه: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ ما أَحَلَّ الله لكَ﴾ [التحريم: ١] الآية إلى أن قال: ﴿قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾ [التحريم: ٢] وذلك أن النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عليهِ وَسَلَّمَ أَتَى مَنْزِلَ حَفْصَة ـ رضِيَ اللَّهُ عَنْها ـ وَلَمْ يجدْهَا وَكَانَتْ قَدْ خَرَجَتْ إلى بَيْتِ أَبِيْهَا ـ رَضِي اللَّهُ عَنْه ـ فَدَعَا أَمَتَه مارِيَة إِلَيْهِ فَأَتَتْ حَفْصَةُ، وَعَرَفَتْ الحال فغضبت، وقالت: يا رسول اللَّهِ في بَيْتي، وفي يَوْمِي، وَعَلَى فِرَاشِي، فَقَالَ النَّبِيُّ ـ صَلَّى اللهُ عليه وسلَّم ـ يَسْتَرضِيْهَا: إني أسِرُّ إليكِ سِرًّا فاكتميه، هي عليَّ حَرَامٌ، ووردت الآيات[4].

---

(١) قال الشيخ البلقيني: قوله كان الظهار موقوفاً ليس بصحيح وإنما هو صحيح ناجز، وقوله فإن راجعها فهو صحيح ممنوع فالصحة ثابتة قبل الرجعة، وقوله «والرجعة عود» يقال عليه الآن عندكم كما صح الظهار فلا يكون عائداً على مقتضى ما قلتم حتى يمضي زمان يتأتى فيه صحة الظهار يمكن أن يطلق فيه فلا يطلق وإلا فهو لغو ليس بصحيح بل هو صحيح قبل ذلك، ومقتضى كلامه الاستواء وهو ممتنع. قال الشيخ ولي الدين: لم يقل فيما إذا رجعها أنه صح الآن، ومعنى قوله فهو صحيح أي من الأول، وهذا ثمرة الوقف.

(٢) سقط في ز. (٣) سيأتي في الظهار.

(٤) أخرجه سعيد بن منصور والبيهقي من طريقه، عن هشيم عن عبيدة عن إبراهيم، وعن جويبر عن الضحاك: أن حفصة أم المؤمنين زارت أباها ذات يوم، وكان يومها، فلما جاء النبي ﷺ فلم يرها في المنزل، أرسل إلى أمته مارية القبطية، فأصاب منها في بيت حفصة، فجاءت حفصة على تلك الحال، فقالت: يا رسول الله أتفعل هذا في بيتي في يومي؟ قال: فإنها حرام عليّ لا تخبري بذلك أحداً، فانطلقت حفصة إلى عائشة فأخبرتها بذلك، فأنزل الله تعالى في كتابه: ﴿يا أيها النبي=

وقوله: ﴿قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُم﴾ [التحريم: ١] أي قد أوجَبَ عليكم كفَّارة أيمانكم، فعُرفَ بالقصة وجوبُ الكفارة في تحريم الأمة، وقاس الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ تحْريم الزَّوْجة عليْه بأنه تحريمٌ من حين يحرمانه، ثم الكفَّارة المتعلقة بقَوْله للزوجة: أنْتِ عليَّ حرامٌ مع نيَّة التحريم، متى تلزم عن رواية صاحب «التقْريب» وأبي يعقوب الأبيوردي[1] وغيرهما وجه: أنَّما تلزم إذا أصابها، ويكون هذا اللفظ مع نيَّة التحريم بمثابة الحَلِف على تَرْك الإصابة.

ولو حلف ألاَّ يصيبها فإنما يلزمه الكفَّارة إذا أصاب، وقد يتبادر إلى الفَهْم من قوله تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ جَعْلُ هذا اللفظ يميناً، وربما احْتُجَّ له بأن الشافعيَّ ـ رحمه الله ـ قال في «الإملاء» وإن نَوَى الإصابة قُلْنا: «أَصبْت» وكَفِّر أشعر ذلك بتعليق الكفَّارة بالإصابة؛ وعلى هذا الوجه، يصير موليا بقوله أنْتِ عليَّ حرامٌ؛ لوجوب الكفارة لو وطئها، ويكون بمثابة قوله: واللّه لا أطَؤُك، والصحيح أن الكفارة تلْزَم في الحال؛ لأن الله ـ تعالى ـ فَرَض الكفَّارة من غير شرْط الإصابة، والكفارةُ الواجبَةُ مثْل كفارة اليمين، وليست هي كفَّارة اليمين، وكيف يجعل قولَه: أنْتِ عليَّ حرامٌ يميناً، ومعلومٌ أن اليمين إنَّما تنعقد بالله تعالى أو بصفة من صفاته، وقول الشافعي: أصب وكفِّرْ، أراد به أن يُبيِّن أن الإصابة لا تَحْرُم قبل التكفير، بخلاف الظِّهَار، وإذا قلْنا بالصحيح فلو قال: أردتُ بقولي: أنْتِ عليَّ حرامٌ الحَلِفَ على الامتناع من الوطء ففي قبوله وجْهان حكاهما الإمام ـ رحمه الله ـ.

أحدهما: أنه يقبل ويثْبُت القسم، لأن موجب القَسَم عند الحَنِث يُضَاهي موجب التحريم.

وأظهرهما: المَنْع؛ لأن اليمين إنما ينعقد بذِكْر اسم معظَّم، والتحريمُ ليس صريحاً فيه ولا كناية، وليس فيه إلا ذكْر المُقْسَم عليه، وعلى الأوَّل تردَّدوا في أن

= لم تحرم ما أحل الله لك﴾ ـ إلى قوله ـ ﴿وصالح المؤمنين﴾ فأمر أن يكفر عن يمينه، ويراجع أمته، ورواه الدارقطني من حديث عمر ولفظه: دخل النبي ﷺ بأم ولده مارية في بيت حفصة، فوجدته حفصة معها، ثم ساقه بنحوه، وقال في آخره: فذكرته لعائشة فآلى أن لا يدخل عليهن شهراً، وأصل هذا الحديث رواه النسائي والحاكم وصححه، من حديث أنس قال: كانت للنبي ﷺ أمة يطؤها فلم تزل به عائشة وحفصة حتى حرمها على نفسه، فأنزل الله تعالى: ﴿يا أيها النبي لم تحرم﴾. وروى أبو داود في المراسيل عن قتادة قال: كان رسول الله ﷺ في بيت حفصة، فدخلت فرأت معه فتاته، فقالت: في بيتي ويومي، فقال: اسكتي فوالله لا أقربها وهي عليّ حرام، وبمجموع هذه الطرق يتبين أن للقصة أصلاً، أحسب لا كما زعم القاضي عياض أن هذه القصة لم تأتِ من طريق صحيح، وغفل رحمه الله عن طريق النسائي التي سلفت فكفى بها صحة، والله الموفق.

(١) في ب: الأبنوردي.

التحريم هل يصير يميناً بالنيَّة في غير الزوجات والإماء في المطاعم والملابس، أو يختص ذلك بالأبضاع[١].

وإن أَطْلَقَ قوله: أنتِ عليَّ حرامٌ ولم ينوِ شيئاً، ففيه قولان منسوبان إلى «الإملاء»؛ لأنه ذَكَرَ هناك أن فيه كفارة يمينٍ، ثم قال: ولو قال قائل: إنه لا شيء فيه كان مذهباً.

وأصح القولَيْن: أنَّه تجب الكفَّارة وقوله: أنتِ عليَّ حرامٌ صريح في التزام الكفَّارة؛ لِمَا رُوِيَ عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن النبيَّ - ﷺ - حَرَّمَ مارية على نَفْسِه، فنَزَل قوله تعالى: (﴿**يا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ**﴾ [التحريم: ١] فأمر رسول الله - كل من حرم على نَفْسِه ما كان حلالاً له أن يُعْتِقَ رقَبَة، أو يطعم عَشَرة مساكين، أو يَكْسُوَهمْ.

والثاني: أنَّه لا شيْء عليه، وهذا اللفظ كنايةٌ في الكفَّارة[٢]، لأنه لو كان صريحاً في التزام الكفَّارة، لكان لا يصير كنايةً في الطلاق والظهار؛ لِمَا مرَّ أن اللفظ إذا وَجَد نفاذاً في موضوعه لا ينْصَرف بالنية إلى غيره، والناصرون للقول الأول اعتذروا عن هذا الالتزام من وجهين:

أحدهما: ما سبق في أول «كتاب الخُلْع».

والثَّاني: قال الشيخ أبو عليٍّ: الحرام وإن كان صريحاً في التزام الكفَّارة، فليس على طريق القَطْع؛ بل يَحْتَمِل الطَّلاق وغيره؛ لأنه مجْتَهَد فيه.

وذهب أبو بكر الصِّديق - رضي الله عنه وعائشةُ - رضي الله عنها - إلى أنَّه يمين وكفَّارته كفارة يمين وعمر - رضي الله عنه - إلى أنَّه صريح في طلقة رجعيَّة، وعثمان - رضي الله عنه - إلى أنَّه ظهار، وعليٌّ - رضي الله عنه - إلى أنه صريح في الطلقات الثلاث وبه قال زيد، وأبو هريرة - رضي الله عنهما - وذهب ابن مَسْعُود - رضي الله عنه - إلى أنَّه ليس بيمين، وفيه كفارةُ يمينٍ، كما هو أصحُّ قولي الشافعي في الطلاق [و][٣] إنَّما يجعل الصريح في بابه على القَطْع كنايةً عن غيره؛ كالطلاق والظهار الصريحين في بابهما.

واعْلَمْ أن التفصيل الذي سقناه يستمرُّ فيمن قال: أَنْت عليَّ حرامٌ في البلاد التي لم يشتهر فيها لفظ الحرام في الطلاق، وفيمن قاله في البلاد الَّتي اشتهر فيها بالطلاق إذا فرَّعنا على أن الشيوع والاشتهار لا يلحقه بالصرائح، وأما إذا قُلْنا: إنَّه يصير صريحاً به،

---

(١) قال النووي: أصحها يختصّ.

(٢) في ز: والظهار بعد «الكفارة».

(٣) سقط في ز.

فقضية ما في «التهذيب» أنَّه يتعيَّن الطلاق، ولا يفصل وملخص ما ذكره الإمام على طُولِه أنَّ ذلك لا يمنع صرْفه بالنية إلى التحريم الموجب للكفارة، كما أنَّا وإن جعلْناه صريحاً في الكفارة عند الإطلاق، يجوز صرفه بالنية إلى الطلاق وأنَّه إذا أطلق، وفرَّعنا على أنَّه صريح في الكفَّارة، ينبني على أن الصرائح تؤخذ من الشيوع والاستفاضة فحسب، ومنه ومن ورود القرآن والشريعة به فإن قُلْنَا بالأوَّل، فلا يُفْرَض له ازدحام، ويتعين الحَمْل على ما هو أغْلَبُ في الاستعمال، وإن قُلْنا بالثاني، فيثبت الطلاق، لقوته أو يتدافعان ويتعارض؛ فيه رأيان.

ولو قال لأَمَتِه: أنْتِ عليَّ حرامٌ أو حرَّمْتُك، فإنْ نَوَى به العِتْق، فهُو عتْق، وإن نوى به الطَّلاق أو الظهار، فلا مَجَال له في الأمة، فيلغو قال في «الشامل»: وعنْدي أن نية الظِّهَار كَنيَّة التحريم؛ لأن معْنَى نيَّة الظهار أن ينوي أنها كظَهْر أمِّه في التحريم، وهذا نية التحريم بصفة مؤكدة، وإن نوى تحريم عيْنها لم تُحرم، وعليه كفَّارة يمين، كما ذَكَرنا في الزوجة، وإن أطْلَقَ ولم ينْو فطريقان:

أصحهما: أنه على القولين المذكورين فيما إذا خاطب به زوجته.

والثاني: القَطْع بوجوب الكفَّارة؛ لأن [تحريم] الأمة هو الأصْل في ورود الآية، ويَحْصُلُ من الطريقين، إذا قيل: خاطب زوجته وأمته، بقوله: أنْتِ عليَّ حرامٌ، ولم ينوِ شيئاً، ثلاثةُ أقوال أو ثلاثةُ أوجُهٍ، كما في الكتاب:

أظهرها: الوجوب.

وثانيها: يلغو.

وثالثها: الفرق بيْن الزوجة والأَمَة.

ولو قال ذلك لأمته الَّتي هي أُخْته، ونوى تحريم عَيْنها، أو لم ينوِ شيئاً، لم تلزمْه الكفارة، لأنَّه صَدَق في وصفها، وإنما أوجب الشرع الكفَّارة إذا خالف حُكْمه، ووصف الحلال بالحرمة ولو كانت الأمة معتدَّةً أو مرتدَّة أو مزوجة أو مجوسيةً، أو كانت الزوجة معتدَّة عن الشبهة، أو محرمة، فوجهان:

أحدهما: أن الجواب كذلك لأنها محرمة عليه في الحال.

والثاني: تجب الكفارة، لأنَّها محَلُّ الاستباحة بخلاف الأخْتِ، وصار كما لو كانَتْ حائضاً أو نُفَساء أو صائمة. وطرد الحناطيُّ الخلاف في هؤلاء. والظاهر الأوَّل، فإنَّها عوارض سريعةُ الزوال، ولو خاطب الرجعية به، لم يلزمْه شيْءٌ.

فرع: قال هذا الثوب، أو العبد، أو الطعام حرام عليّ لم يلزمه شيء، ولو قال: هذا الثوب أو العبد أو الطعام حرام فليس فيه كفارة، وليست الأَمْوال كالأَبْضاع؛

لاختصاصها بالحظر والاحتياط ولأن تأثرها بالتحريم أشدُّ؛ ألا ترى أنه يؤثر فيها الظهار، ولا يؤثِّر في الأموال وعند أبي حنيفة وأحمد ـ رحمهما الله ـ: التحريم فيها يمين، وتتعلق به كفارة يمين، وكأنه حَلَف على أنَّه لا ينتفع بماله، فإذا انتفع، لَزِمَتْه الكفارة. ولو قال: كُلُّ ما أملِكُ حرامٌ عليَّ، وله زوجاتٌ وإماء، ونوى التحريم فيهن، أو أَطْلَق وجعلناه صريحاً، فيكفيه كفَّارةٌ واحدةٌ أو يجبُ لكلِّ واحدة كفارةٌ، فيه طريقان:

أحدهما: ـ وبه قال أبو إسحاق ـ أنه على قولَيْن كما لو ظاهر عن نِسْوة بكلمة واحدة.

والثاني: القَطْع بكفارة واحدةٍ، كما لو حَلَف أن لا يكلِّم جماعة، فكلمهم، والأصح الاكتفاء بكفارة واحدة.

وحكى الصَّيدلانيُّ وغيره وجْهاً أو قولاً آخر: أنَّه يجب للزوجات كفَّارة، وللإماء كفَّارة. وحكى الحناطي وجْهاً ضعيفاً: أنَّه يكفِّر للمال أيضاً، وربما جاء على ضعْفِه فيما إذا وصَف المال وحْدَهُ بالتحريم، ويجري القولان فيما إذا قال لأربع نسوة: أنْتُنَّ عليَّ حرامٌ.

ولو قال: لامرأته: أنْتِ عليَّ حرام، أنتِ عليَّ حرامٌ، ونوى التحريم، أو جعلناه صريحاً، فإن قالها في مجلسٍ واحدٍ، كفته كفارة واحدة، وإن اختلَف المجلسُ، وأراد التأكيد فكذلك الجواب وإنْ أراد الاستئناف، فعَلَيْه لكلِّ واحدة كفَّارة، وقيل: يكفي كفارةٌ واحدةٌ، وإن أَطْلَق فعَلَىٰ قولين كذلك، وشذ الحناطي.

وقوله في الكتاب «فإن نَوَى الطَّلاَقَ أو الظِّهَار كان كَمَا نَوى» يجوز إعلامه بالواو للوجه الغريب الَّذي حَكَيْنَاه: أنَّه لو نوى الطَّلاق، لم يكن طلاقاً، إذا فرَّعنا على أنَّه صريحٌ في اقتضاء الكفَّارة، ويجوز إعلام الظهار بالميم؛ لأن عن مالك فيما رواه ابن الصباغ ـ رحمهما الله ـ أن قَوْله: أنْتِ عليَّ حرامٌ صريحٌ في ثلاثِ طلقات، كما هو مذهبُ عليٍّ ـ كرم الله وجهه ـ وإعْلام الطلاق بالألف؛ لأن عنْد أحمد ـ رحمه الله ـ هو ظهارٌ، كما هو مذهب عثمان ـ رضي الله عنه ـ، وقوله «ولو نَوَى التَّحْرِيمَ حُرِّمَتْ» وَكَذَلِكَ يوجد في أكثر النسخ، والصواب «لم تحرم»، وكذلك نجد في النسخ الصحيحة، وذكر في «الوسيط» أنَّه إن نوى التحريم، كان يميناً، وهو أيضاً خلافُ ما قاله الأصحاب ـ رحمهم الله ـ على طبقاتهمْ؛ فإنهم قالوا: إنه ليس بيمين، ولكن فيه كفارة يمين.

وقوله: «لَزِمَتْهُ كَفَّارَةٌ» أي كفارة يمين، وليعلَّمْ بالميم، والألف؛ لما عرَفْتَ من مذهبهما.

وقوله: «يُوجِبُ الكَفَّارَةَ» بالحاء والميم؛ أما الميم؛ فلما تبين، وأما الحاء؛ فلأن

عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ قوله: أنْتِ عليَّ حرامٌ يمينٌ، وهو بمثابة قول القائل: واللَّه لا أطؤك حتى يكون إيلاءً في حق الزوجة، ويتعلق الكفَّارة فيه بالحنث، وإذا كان كذلك، لم يكن الإطْلاَق موجباً للكفَّارة، ويجُوز أن يعلَّم قوله: «يلْغُو» بالحاء والميم أيضاً، وقوله «لتعارض» يَعْنِي احتمال الظِّهَار والطلاق وغيرهما، وقوله: «هُوَ صَرِيحٌ فِي الكَفَّارَة» وفي بعض النسخ «في التَّحْرِيم» أي في معنى التحريم الذي موجبه الكفارة، والأول أوضح.

فُرُوعٌ وفوائدُ:

الأوَّل: لو قال: أنْت حَرَامٌ ولم يقل «عَلَيَّ».

قال في «التهذيب»: هو كناية قولاً واحداً، ولو قال: أنْتِ عليَّ كالميتة، والدم، أو الخمر أو الخنزير، وقال: أردتُ الطلاق أو الظهار، فهُو كما نوى، وإن قال أردتُ التحريم، فعليه الكفارة، وإن أطْلَقَ فظاهرُ النصِّ: أنه كالحرام، عَلَى ذلك جَرَى الإمامُ، ثم قال: يجوز ألا تَجْعل هذه الألفاظ صرائحَ، وتخصيص الحَرَام بكونه صريحاً؛ لورود القرآن [به][1]، والذي ذكَره على سَبِيل الاحْتمال، وهو الذي أورده صاحب «التهذيب» وغيره.

قال الحناطي: الخِلاَفُ عند الإطلاق ها هنا مرتَّب على الإطْلاق، في لفظ الحرام، وهذا أَوْلَىٰ بأن لا يُجْعَلَ صريحاً وحكي قولاً ها هنا أنَّه لا تجب الكفارة، وإن أراد التَّحْريم.

قال الشيخ أبو حامد: ولو قال: أردتُ أنها حرامٌ عليَّ فإن جعلْناه صريحاً وجبت الكفارة، وإن جعلْناه كنايةً لم تَجِبْ؛ لأنَّه لا يكون للكناية كناية، وتبعه على هذا جماعةٌ، لكن لا يكاد يتحقَّق هذا التصوير؛ لأنَّه ينوي باللفظ معنى لفظ آخر لا صورة اللفظ، وإذا كا ن المَنْوِيُّ المعنى، فلا فَرْق بين أن يقال: نَوَى التحريم وبين أن يقال: نوى: أَنْتِ عَلَيَّ حرامٌ، ولو قال: أردتُ أنها كالميتة في النفرة والاستقذار، قُبِلَ: ولم يلزمه شيء، ذكَره أبو الفرج السرخسي.

الثاني: قال إسماعيل البوشنجي: إنما يقع الطَّلاق بقوله: أنتِ حرامٌ عليّ إذا نوى حقيقة الطَّلاق، وقصد إيقاعه بهذه اللفظة، أمَّا إذا لم يَنْوِ، كذلك لم يقع وإن اعتقد قوله: أنْتِ عليَّ حَرَامٌ موقعاً، وظن أنه قد وقَع طلاقُه، وحُكِي عن بَعْض أصحاب أبي حنيفة أنَّه يقع إذا ظنَّه موقعاً، وإن لم ينوِ الإيقاع، وأن الفقيه أبا الليث ـ رحمه الله ـ اختار ذلك.

---

(١) سقط في ز.

الثالث: قال الشيخ أبو نصر بن الصباغ: ينْبَغِي ألاَّ يفرق بيْن أن يقول: أردتُ بقولي: «أنتِ عليَّ حرامٌ» التَّحريم وبين أن يقول: لم أنْوِ شيئاً؛ لأن اللفظ صريحٌ في هذا المعنى، فلا مَعْنًى لاعتبار النية وظاهر هذا طريقه جازمة، بأن صورة الإطلاق حكمها حُكْمُ ما لو قصدت التحريم.

الرابع: إذا قال متى قلت لامرأتي: أنْتِ عليَّ حرامٌ، فإني أريد به الطلاقَ، ثم قال لها بعد مدة: أنْتِ عليَّ حرامٌ، فعن أبي العباس الرُّوياني بأنَّه يحتمل وجهَيْن:

أحدهما: الحَمْل على الطلاق؛ لكلامه السابق.

والثاني: أنَّه كما لو ابتدأ به؛ لاحتمال أن نيته قد تغيَّرت[١].

واعلم أنه قد تكرَّر في كلام الأصحاب في المسألة أن قوله: «أنتِ عليَّ حرامٌ» صريحٌ في الكفَّارة أو التزام الكفارة أو هو كناية، وفي الحقيقة ليس لزوم الكفارة أو التزامها معنى اللفظ؛ حتى يقال هو صريحٌ فيه أو كناية، وإنما هو حكم رتبه الشرع على التلفظ[٢] بهذه اللفظة، واختَلَفوا في أن هذا الحُكْم، هل يتوقَّف حتى ينوي التحريم أو لا يتوقف؟ فتوسَّعُوا بإطلاق لفظ الصريح والكناية.

قَالَ الغَزَالِيُّ: **وَالنِّيَّةُ فِي الكِنَايَةِ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مَعَ اللَّفْظِ لاَ قَبْلَهُ وَلاَ بَعْدَهُ، فَلَوْ اقْتَرَنَ بِأَوَّلِ اللَّفْظِ دُونَ آخِرِهِ نَفَذَ عَلَى الأَصَحِّ، وَلَوِ اقْتَرَنَ بِآخِرِهِ دُونَ أَوَّلِهِ فَوَجْهَان، وَالكِنَايَةُ لاَ يَصِيرُ صَرِيحاً بِقَرِينَةِ الغَضَبِ وَاللَّجَاجِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: وفي هذه النية أصْلاَنِ لا بدّ من معرفتهما في الكنايات.

أحدهما: أن الكنايات الظاهرة لا تعمل بنفسها، بل لا بُدَّ فيها من نية الطلاق.

وقال مالك ـ رحمه الله ـ: إن الكناياتِ الظاهِرَة لا تحْتَاج إلى النية، واحتج الأصحاب أنَّها كناياتٌ لم تقترن بها نية الطَّلاق، فأشبهت سائر الكنايات من غير نيَّة فالنيَّة أيضاً لا تعْمَل في الطَّلاق من غير لفظ صريح وعن مالك أن الطلاق يقع بمجرد القَصْد.

واحتج الأصحاب بأنَّ الطَّلاق حَلُّ عقْدٍ، فلا يحصل بمجرد النية، كالفسخ، والإقالة إذا عرف ذلك فينبغي أن تقترن النية باللفظ، فلو تقدَّمت وتلفظ بلا نية أو فرغ من اللفظ ثُمَّ نوى لم يَقَع الطلاق، ولو اقترنت بأول اللَّفْظ وعزبت قبل تمامه بأن قصد إيقاع الطلاق عند قوله: أنْتِ، ولم يَنْوِ هذا القصد عند الانتهاء إلى طالِقٍ، فوجهان:

في وجه: لا يقع الطلاق؛ لأن ما قارنته النية غير مفيد.

---

(١) قال النووي: أصحهما الثاني.

(٢) في ز: اللفظ.

والثاني: خالٍ عن النية.

وأظهرهما: ـ على ما ذكر الإمام، وصاحب الكتاب ـ: الوقُوعُ؛ وإذا اقترن بأوَّله عُرِفَ قصده من اللفظ، فالتحق بالصريح، ولو اقترنت بآخر اللفظ، وخلا أوَّله عنها، فوجهان أيضاً. وجْه الوقوع: أنَّ وقت الوقوع حالة تَمَامِ اللفظ، وقد قارنتها النية.

ووجه الآخر: أنَّ صدْر اللفظ عَرِيٌّ عن الطلاق، والانعطافُ على ما مضى بعيدٌ، بخلاف استصْحَاب ما وُجِدَ، وسكت الإمام عن الترجيح في هذَيْن الوجهين، وكذلك فعل صاحب الكتاب ها هنا، وفي «الوسيط» وذلك يُشْعِر بأنهما رأيا الأظهر[1] فيما إذا اقترنت النية بآخر اللفظ دون أوَّله البُطْلاَنَ، لكنَّ صاحب «التتمة» قرب الوجهين فيما إذا اقترنت بأوله دون آخره من الوجهين فيما إذا اقترن بآخره دون أوله من القولين، فيما إذا نوى المسافر الجَمْع في أثناء الصلاة، ولم يَنْو في أولها، وقضيَّة هذا التشبيه والتقريب أن يقال: إذا كان الوقوع فيما إذا اقترنت النية بأول التكبير دون آخره الانعقاد، والأظهر فيما إذا نوى الجَمْع في أثناء الصلاة صحَّة صلاة الجمع.

الثاني: الكنايات لا تلحق بالصَّرائح، لسؤال المرأة الطلاق، ولا بقرينة الغَضَب واللَّجَاج؛ لأنه قد يقْصِد خلاف ما تُشْعر به القرينة، واللفظ في نفسه محتملٌ. وقال مالك ـ رَحمه الله ـ: تلتحق الكنايات بالصرائح بقرينة السؤال وقرينة الغضب.

وعن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ تفصيل طويلٌ في الكنايات؛ منْها ما ألحقه بالصرائح بالقرينتين جميعاً، ومنْها ما ألحقه بقرينة السؤال دون الغضب.

وقال أحمد ـ رحمه الله ـ: دَلاَلَةُ الحالِ في جميع الكنايات تقُوم مقام النية، ومهْما خاطَب الزَّوْج زوجته بلفظ من ألفاظ الكنايات، وقال: لم أَنْوِ الطلاق، فهو مصدَّقٌ بيمينه، فإن نَكَلَ، حَلَفَتِ المرأة، قُضِيَ بوقوع الطلاق، وربَّما كان قد أقرَّ بذلك ثم جَحَد فإن لو علمت النية لفظية بقرائن ومخائل، يجوز الحلف بمثلها.

هذا شرح ما اشتمل عليه الفَصْل الأول من الرُّكْن ونعقبه بمسائل مستفادة تتعلق بالصرائح والكنايات المعقود لها الفَصْل؛ والله أعلم.

---

(١) قال في المهمات عبارة الرافعي أظهر الوجهين عند الإمام والغزالي في الأولى أنه يقع، وكلامهما يشعر برجحان عدم الوقوع في الثانية، وأطلق في الشرح الصغير الترجيح في الأولى فقال: وأظهرهما الوقوع؛ لأن النية إذا اقترنت بأول اللفظ عرف قصده من اللفظ، وعبارة المنهاج تبعاً للمحرر يقتضي الجزم بعدم الاكتفاء باقترانها بآخره، وتصحيحه في اقترانها بأوله، والفتوى على التفصيل بين الأول والأخير، فقد صححه الماوردي في الحاوي وقال: إنه أشبه بمذهب الشافعي. قال في القوت: لو قارنت أثناء لفظ الكناية دون أولها ودون آخرها كلام جماعة يفهم أنه على الوجهين، وهذا نقل وهو ظاهر بل صرح به في البيان والتجربة كما نقله بعض شراح المنهاج.

في «الزيادات» للشيخ أبي عاصم العبادي أنَّه إذا قال: بعْتُ منك طلاقَكِ، فقالت: اشتريْتُ، ولم يذكرُ عوضاً لا تحصُلِ الفرقة، إذا لم يكُن نيَّة، وقيل: تقع طلقةٌ بمهر المثل، وأنَّه إذا قال: هذا بطلاق (برامنت دركردم)[1] فهو كناية.

وقال إسماعيل البوشنجي: لا يَقَع؛ لأنَّه لم يقصد الطَّلاقُ إليها، ولا إلى جزء من أجزائها، ولو قال: هذا بطَلاق هو (بلى كردم)[2] ونوى الطلاق طُلِّقَتْ [ثلاث]، طلاقاً والمعنى: طلقت ـ طلقتك، ألفاً بمرة، وأنَّه إذا قال: لم يبق بيني وبينك شيْء، ونوى الطلاق، لم تُطَلَّقْ، وفي هذا توقف[3]، وأنَّه إذا قال: برئت من نكاحِكِ، ونَوَى، طُلِّقَتْ، ولو قال: بِرئْتُ من طلاقك. لم تطلَّق، نوى أو لم ينوِ، ولو قال: بَرِئتُ إليْك من طلاقك، قال إسماعيل، البوشنجي، يكون كناية، على تقدير تبرَّأْتُ منك بواسطة إيقاع الطلاق علَيْك، ولو قال: أبرأتك أو عفوت عَنْك، فهو كناية؛ لأن اللَّفْظين يُشْعِرَان بالإسقاط، وللزَّوْج حقُوقُ النِّكَاح، وتسقط عنها بالطلاق، وأنَّه لو قال طلقك الله، أو قال لأمته: أعتقك اللَّهُ طُلِّقَتْ وَعَتَقَتْ، وهذا يُشْعر بأنهما صريحان ورأى البوشنجي إلْحاقهما بالكنايات، لأنَّهما يحتملانِ الدُّعاء والإنشاء؛ وبتقدير الحمل على الإنشاء، فهو ليس بصريح في إيقاع الطلاق، بل المعنى: طلقتك بحكم اللَّه تعالى، بوقوع طلاقك، وقَوْل مستحق الدَّيْن لمن عليْه الدين أبرأكَ الله كقوله لزوجته: طلَّقَكِ الله، وأنَّه لو قال: أنْتِ طال، وترك القاف، طُلِّقَتْ حمْلاً على الترخيم، قال البوشنجي؛ لا ينبغي أن يقع الطَّلاق، وإن نوى.

نعم، إذا قال يا طال، ونوى، يَقَع؛ لأن الترخيم في العربية إنَّما بعهد في النداء، فأما في غَيْر النداء فلا يُعْهَد إلا نادراً في الشِّعْر، وأنَّه إذا قال: الطلاق لازمٌ لِي أو واجبٌ عليَّ، تطلَّق للعُرْف، ولو قال: فرضٌ عليَّ، لمْ تطلَّق؛ لأنه لم يجر[4] العُرْف فيه ورأى البوشنجي أن جميع هذه الألفاظ كنايةٌ، لأنَّه لو قال: طلاقُكِ عليَّ، واقتصر عليه، ونوى الوقوع، وقع، فوصفه بقوله «واجب» أو «فرض» يزيده تأكيداً وأيضاً فقد يَعْنِي بالوجوب السقوطَ وكأنه قال طلاقُكِ عليّ ساقط، وواقع، وهو معروف في الكنايات، وحكى صاحبُ «العُدَّة» الخُلاَف، فقال: لو قال: طلاقُك لازمٌ [لي][5]، فوجهان، قال أكثر الأصحاب: هو صريحٌ، وأنَّه لو قال (توم أخبرى باشى)[6]، ونوى

---

(١) جملة فارسية بمعنى: وقعت في عرضك.

(٢) جملة فارسي بمعنى: نعم فعلت (قلت).

(٣) قال النووي: الصواب الجزم بالطلاق؛ لأنه لفظ صالح ومعه نية.

(٤) في ب: يجز.

(٥) سقط في ز.

(٦) جملة فارسية بمعنى: أعلني.

الطَّلاَق لا يقع؛ لأنَّه كاذبٌ، وهذا الوجه للأصحاب ذكروه فيما إذا قال: لست بزوجةٍ لي، فرُبَّما علَّل ذلك بأنَّه صريحٌ في الإقرار، فلا يصير إنشاءً بالنية، والأظهر أنَّهما كنايتان في إنشاء الطلاق، وكذا لو قال (توازان من هيج منى)[١]، وذكر القفَّال أنَّه لو قال (يك طلاق ودو طلاق وسه طلاق)[٢] (دوّميني معنى)[٣] وطلقت فلاناً، ولو قال: (يك ورود بينه معنى آن)[٤] نوى الطلاق، وقَع الثلاثُ، إن لم ينوِ، لم يقَع شيْء، وفي «فتاويه» أنَّه لو قال: اذْهَبِي إلى بَيْت أَبَوَيَّ ونوى الطلاق، إن نواه بقوله: اذْهَبِي، وَقَع، وإن نواه بمجموع اللفظين، لم يَقَع لأن قوله «إلى بيت أَبَوَيَّ» لا يحتمل الفراق، بل هو لاستدراك مقتضى قَوْلِه: «اَذْهَبِي»، وأنه لو قال لامرأته: أنْت طالقان أو طوالق، لم يقع عليها إلاَّ طلقةٌ واحدةٌ وإن قوله: (يومك طالق أزمن جداى)[٥] صريحٌ وأنَّه لو قال: كلُّ امرأة لِي طالقٌ إلاَّ عمرة ولا امرأة له سواها، يقع طلاقها، والاستثناء باطلٌ[٦] لاستغراقه.

---

(١) جملة فارسية بمعنى: أنتِ لست مني إطلاقاً.

(٢) جملة فارسية بمعنى: طلقة واحدة واثنين وثلاثاً.

(٣) جملة فارسية بمعنى: المعنى الثاني.

(٤) جملة فارسية بمعنى: طلقة ثم وصل إلى الثلاث طلقات، فإن المعنى الثاني لذلك هو وقوع الثلاث.

(٥) جملة فارسية بمعنى: بالله أنتِ مني طالق اليوم.

(٦) قال في المهمات: شرطه أن يكون الإخراج بإلا كما صوره، فلو عبر بسوى أو نحوها كغير لم تطلق كما صرح به الخوارزمي في الكافي في الأيمان ومثل بسوى ومن متجه، فإن أصل الاستثناء وأصل سوى وغير ونحوهما الصفة فيحمل كل لفظ على أصله فيلزم الاستغراق في إلا للإخراج بعد الإدخال دون سوى ونحوها، فإن مدلولها يطابق المغايرة المذكورة ويوفقه ما سيأتي قريباً أنه لو قال امرأتي التي في هذه الدار طالق ولم تكن فيها، لم يقع الطلاق، وهذا الذي قاله محرر في غاية الحسن.

وقال الشيخ البلقيني: ما قاله مخالف لما نص عليه الشافعي وأصحابه في عتاب الزوجة بجديدة، وصرح في المطلب بأنه لا فرق بين أن يستثنيها لفظاً أو نية، وقد صرح الخوارزمي في الكافي أنه لو وضع زوجته في المقابر وقال: كل زوجة لي سوى التي في المقابر طالق ثلاثاً أنها تطلق، وهذا هو الأظهر، وعليه عرف إيمان الناس. وفي ذلك كلام آخر، والله أعلم.

قال الشيخ ولي الدين: الفرق بين إلا وسوى واضح ولم يتوارد كلام القفال والخوارزمي على تصوير واحد كما عرفت. انتهى. وأشار إلى ما ذكره الشيخ في المهمات وترك الجواب عن عتاب الزوجة الجديدة. وجوابه أنه لم يردها فلم تدخل في اللفظ فيصير في باب العام الذي أريد به الخصوص، وبهذا تفترق المسألتان، فإن مسألة القفال من باب العام المخصوص بدليل الإخراج بإلا، ومسألة عتاب الزوجة لم يدخلها وهذا ظاهر جلي وقد ذكر في الخادم كلام شيخه البلقيني وأطال فيه وأشار إلى الجواب الذي ذكرته، بل صرح به ولم يعول عليه ولم يحسن فيما يفعل.

ولو قال: النِّسَاءُ طَوَالِقُ إلاَّ عَمْرَةَ ولا امرأة له سواها، لم تُطلَّق، لأنَّه لم يضفهن إلى نفسْه، بخلاف قوله: كلُّ امرأة لي، ولو كانت امرأته في نسْوة فقال: طلقْتُ هؤلاء إلاَّ هذه فيشير إلى زوجته، لم تُطلَّق؛ لأنه عينهن واستثناها وأنَّه لو قال لامرأته، يا بنتي، وقعَتِ الفرقة بينهما؛ لاحتمال السن، كما لو قاله لعبْده[1] أو أمته وأن زوجته لو كانت تُنْسَب إلى زوج أمها، فقال: بِنْتُ فلان طالقٌ لا يقع الطَّلاق عليها؛ لأنها ليست بنْتاً له حقيقةً، ولغَيْره فيه احتمال[2] للعُرْف، وأنَّه لو قال: نساءُ المُسْلِمِينَ طوالِقُ، لم تطلَّق امرأته، وعن غيره أنَّها تطلَّق، وبني الخلاف على أن المخاطَبَ هل يدخل تحت الخطاب[3]، وأنَّه لو قال: (من تومرارم)[4] وأراد به الطَّلاَق، وقع بخلاف، ما إذا قَال (مرازطلاق توبيرارم)[5] وأنَّه لو قَال (بخداى اسمان وزمين وسه طلاق تودركردن من كه كردرخانه بشوم)[6] ودخلها تلزمه الكفارة ولا يقع الطلاق؛ لأن الطَّلاق لَيْس محلوفاً به وإنَّما الحَلفَاء بالله تعالى وبصفاته، وأنَّه لو قال: بانت مني امرأتي، أو حَرُمَتْ عليَّ لا يكون إقْراراً بالطَّلاق؛ لأنها من الكنايات، وأنه لو قال لها: أنْتِ بائنٌ، ثم قال بَعْد مدة أنت طالقٌ ثلاثاً وقال: أردتُ بالبائن الطلاقَ، والثلاث غير واقعة؛ لمصادفتها حال البينونة، لم يُقْبَل؛ لأنه متَّهَم في هذا التفسير بعْد ما خاطَبَها بالثَّلاث، وأنَّه لو قال

(١) قال النووي: المختار في هذا أنه لا يقع به فرق إذا لم يكن له نية، لأنه إنما يستعمل في العادة للملاطفة وحسن المعاشرة.

(٢) قال النووي: ينبغي أن يقال: إن نواها طلقت، ولا يضر الغلط في نسبها، كنظيره في النكاح وإلا فلا، ومراد القفال بقوله: لم تطلق، أي: في الظاهر، وأما الباطن، فيتعين أن يكون كما ذكرته.

(٣) قال النووي: الأصح عند أصحابنا في الأصول: أنه لا يدخل، وكذا هنا: الأصح أنها لا تطلق. والله أعلم.

قال في المهمات: يرد عليه أن المعروف في كتب الأصول الدخول.

قال الإمام في البرهان: إنه الرأي الحق عندي. وحكاه عن الأكثرين الإمام فخر الدين والآمدي وابن الحاجب وصاحب الحاصل والتحصيل وغيرهم، وفي المستصفى للغزالي أن القول بعدم الدخول فاسد، ومقتضاه أن الأصح هنا الوقوع، ويؤيده ما تقدم في الوقف أنه لو وقف كتاباً على المسلمين أو مرجَلاً أو بئراً كان له أن ينتفع به، وكذا صححوه فيما لو وقف على الفقراء فافتقر مع أن الدخول هنا أولى، فإن الوقف على النفس باطل في الجملة وإن كان إدخال نفسه في العموم جائز فيما أصله الإباحة كماء البئر ومنافع المساجد دون ثمار النخلة ونحوها كما قاله الماوردي هناك.

(٤) جملة فارسية بمعنى: لقد سئمتك، (لا أرغب في العيش معك).

(٥) جملة فارسية بمعنى: أنا من طلاقك متألم.

(٦) جملة فارسية بمعنى: بإله السموات والأرض، وثلاث طلقات لك في رقبتي، حيث إني خارج من البيت.

لامرأته (يكِ طلاقٌ أزمن خريدي بصددرم فقالت خريدم)[١] لم يَكُنْ شيئاً إلا أن يقول الرجُل بَعْده: (توفروختم)[٢] أو يقول في الابتداء (يك طلاق بصددرم نيوفروورختم)[٣] (خريدي)[٤] فيقول: (خريدم)[٥] وأنه لو قال لامرأته (بطلاق توسركيد خودرم كه بافلان سخن نگويم)[٦] لم ينعقد، ولم يقع الطلاق لو كلمة؛ لأن قول (بخداي هيني)[٧] وإن لم يصل به قولُه: (سوگند خوردم)[٨] حتَّى لو قال (بخداي كه يا فلان سخن نگويم)[٩] كان يميناً، وأما الطلاق فليس مما يحلف به، وإن قال: بطلاقك ألا أكلِّمَ فلاناً، لا يقع الطلاق، إذا كلَّمه [وأنه][١٠] لأن الطلاق لا يحلف به لو قالت زوجته، واسمها فاطمة، طلقني فقال: طلقْتُ فاطمةَ، [ثم قال: أردتُ فاطمةً] أخْرَى، لم يُقْبَل، ويقع الطلاق؛ لدلالة الحال، بخلاف ما إذا قال ابتداءً: طلقْتُ فاطمة، ثم قال: أردتُ امرأةً أخرى، وقد يشكل هذا بما مرَّ في أن السؤال السابق لا يلْحِق الكنايات بالصرائح[١١]، وفيما نقل

---

(١) جملة فارسية بمعنى: اشتريت مني طلاقاً بمائة درهم، فقالت: اشتريت.

(٢) يعني: لم أبع.

(٣) جملة فارسية بمعنى: لم أبع طلاقاً بمائة درهم.

(٤) يعني: اشتريت؟!. (٥) يعني: اشتريتُ.

(٦) جملة فارسية بمعنى: بطلاقك من باب الغيظ ألا تتحدث مع فلان.

(٧) جملة فارسية بمعنى: الله نفسه. (٨) يعني: أقسمت.

(٩) جملة فارسية بمعنى: بالله لن أتحدث مع فلان.

(١٠) سقط من ز.

(١١) قال في المهمات: ما ذكره في المسألة الأولى وهو أن يقول جواباً يخالفه ما سيأتي قريباً بعد أن نقل عن شريح والروياني أنه لو قال امرأة زيد طالق، قال جدي تطلق امرأته وقيل لا تطلق حتى يريد نفسه لجواز إرادة زيد آخر وليجيء هذا الوجه فيما إذا قال فاطمة طالق واسم زوجته فاطمة، ويشبه أن يكون هو الأصح ليكون قاصداً تطليق زوجته هنا كلامه وصورته أن يكون جواباً فإنه لا يتصور عود الحنث لما إذا قاله ابتداء؛ لأنه جزم فيه بقبول قوله على وفق البحث ولا نزاع في أن هذا في الظاهر فيقبل في الباطن جزماً، وما ذكره في الثانية وهي أن يذكره ابتداء خلاف الصحيح فسيأتي في أوائل الباب الخامس في الشك في الطلاق أن الصحيح أنه لا يقبل، وحكاه عن الجمهور ومثل بزينب. انتهى.

قال في الخادم: وما استشكله الرافعي عليه أي على القفال، فقد أجيب عنه بأن فاطمة ليست كناية عن الزوجة، وإنما هو صريح والإبهام حصل بتسمية غيرها لهذا الاسم فهو كاللفظ المشترك ينصرف إلى أحد المسميات بالقرينة، نعم قد ينازع أن القرينة فيما نحن فيه يقتضي طلاق زوجته؛ لأن عدوله عن قوله «طلقتك» إلى قوله: «طلقت فاطمة» يشعر بإرادة غيرها، ويؤيده من كلام الرافعي في موضعين:

أحدهما: في باب اللعان أنه إذا كانت المرأة حاضرة وأشار إليها وهل تحتاج مع الإشارة إلى التسمية قد يجر لبساً، فإذا لم يكتف بالإشارة فأولى أن لا يكتفي بالتسمية.

والثاني: قوله هنا أن إشارة القادر على النطق بالطلاق ليست تصريحاً ولا كناية على الأظهر لأن=

من معلقات القاضي شريح الرُّويَاني ممَّا حكاه عن جَدِّه أبي العباس الرُّوياني، وغيره أنَّه لو قال لزوجته أحللتُكِ، ونوى طلاقَها، هل يكون كنايةً؟ فيه وجهان[١]، وأنه لو قال: أنتِ بائن وطالقٌ، رجع إلى نيته في بائن، ولا يجعل قوله وَطَالِقٌ تفسيراً له وأنه لو قال: (أنتِ طالقٌ سه تارة) قال جدِّي ـ رحمه الله ـ الظاهر منْه في غالب عادات النَّاس إرادةُ ثَلاَث طلقاتٍ، ويحتمل أن يرجع إلَيْه فيحمل اللفظ على ما أراده، وأنَّه لو كرَّر لفظاً من ألفاظ الكنايات، بأن قال لها: اعْتَدِّي، اعتدي اعتدي، ونوى الطلاق، فإن نوى التأكيد وقعت طلقة وإن نوى بها الطَّلاق، وقَعَت بكل لفظة طلقة [وإن لم ينوِ فقولان] إن القَفَّال قَطَع بأن لو قال (طلاق دادم)[٢] أو قال: طلقت، ونوى امرأته، لم يقَع الطلاق عَلَيْها؛ لأنَّه لم يشر إليها ولا سمَّاها بلفظه، بخلاف ما لو قال: (مرا طلاق دادمَ)[٣] فإنه إشارة، بخلاف ما لو قال (درخوش)[٤] (وإطْلاق دادم)[٥]، فإنه تسمية، ولو قالت له طلقني، فقال: طلاق دادم أو قيل له: ما تصنع بهَذِهِ المرأة طلقها، فقال: طلقت أو قال لامرأته: طلقي نفسَكِ، فقالت: طلقْتُ، يقَعُ الطلاق؛ لأنَّه يترتب على ما سَبَق من الالتماس أو التفويض، فإنه لو قال لغَيْره: قَدْ مللت من امرأتي، فقال: (طلاق دهش)[٦] فقال دادم[٧] فقال القفال لا يقع الطَّلاق؛ لأنه لا يصلح عبارة عن الطلاق، إلاَّ أن يقول (طلاق دادامش)[٨]، ولا يبعد أن يقال بالترتيب عَلَى الأول؛ كما في الصورة السابقة وأجَاب بمثْلِ جوابِهِ فيما إذا قال: (رهاكنش)[٩]، فقال (رها كردش)[١٠] ولا يبْعد أن يجعل هذا اللَّفْظ تفْسيراً للسّراح، ويُحْكَى عن القَفَّال أنه لا يحصل للبراجم[١١] صرائح فيستمر الجواب على اختياره، وأنَّه لو قال (بوارزنى)[١٢] (من يِكِ طلاق)[١٣] ولم تَرِدْ عليه قال القَفَّال: لا يقع الطلاق، وإن نوى كما لو قال: أنتِ بطلقة لا يقع، ولو قال: (زن طلاق دادم)[١٤] فهو كناية إن أراد إيقاع الطلاق على زوْجَته وقع وإلا فلا؛

= عدوله من الإشارة إلى العبارة يوهم أنه غير قاصد، وسيأتي مسألة ما لو قيل له يا زيد فقال امرأة زيد طالق، أنه لا يقع على الأظهر.

(١) قال النووي: الأصح أنه كناية.

(٢) جملة فارسية بمعنى: طلقت.

(٣) جملة فارسية بمعنى: خليت بيني وبينك.

(٤) يعني: في نفسه.

(٥) جملة فارسية بمعنى: خلصتها.

(٦) جملة فارسية بمعنى: خلصها بالطلاق.

(٧) يعني: فعلت أو طلقتها.

(٨) جملة فارسية بمعنى: طلقتها.

(٩) يعني: خلصها.

(١٠) جملة فارسية معناها: تحررت (خلصت).

(١١) في ز: للراحم.

(١٢) جملة فارسية بمعنى: أنت غير لائقة.

(١٣) يعني: طلقة واحدة.

(١٤) يعني: طلقت يا امرأة.

لأنّه لم يقل (زن خويشتن)[١] وأنه لو كان تحت رجل امرأتان: إحداهما فاطمة بنتُ محمَّد، والأخرى فاطمة [بنت][٢] رجُل سماه أبواه محمَّداً أيضاً، إلاَّ أنه اشتهر في الناس بالحُسَيْن، وبه يدعونه فقال الزوج زوجتي فاطمة بنت محمد طالق. وقال أردت بنت الذي يدعونه الحسين، قال جدي: يُقْبَل قوله؛ لأن العبرة بالاسم الذي سمَّاه به أبواه دون سائر الناس، وقد يكون للرَّجُل اسمان وأكثر، وقيل: العبرة بالاسم الذي اشتهر به في الناس؛ لأنه أبلغُ في التعريف، وأنه لو قال: امرأتي هذه محرَّمة عليَّ، لا تحلُّ لي أبداً.

قال جدي لا تطلق؛ لأن التحريم قد يكون بغير الطلاق وقد يظن التحريم المؤبَّد باليمين على ألاَّ يجامِعَها، وقيل: يُحْكَم عليه بالبينونة بمقتضى هذا اللفظ، وأنه إذا قيل لرجل اسمه زَيْد؛ يا زَيْد، فقال: امرأة زَيْدٍ طالقٌ، قال جدي: يقع الطلاق على امرأته، وقيل: لا يقع، حتى يريد نفسه؛ لجواز أن يريد زيْداً آخَرَ، وليجيء هذا الوجه فيما إذا قال: فاطمةُ طالقٌ، واسم زوجته فاطمةٌ، ويشبه أن يكون هذا هو الأظْهَرَ؛ ليكون قاصداً إيقاع الطلاق على زوجته، وأنَّه إذا قيل لرجُل: طلقْتَ امرأتَكَ، فقال: اعلمْ أن الأمر على ما تقوله، حكى جدي وجهيْنِ؛ في أنه هَلْ يكون هذا إقراراً بالطَّلاَق؟.

أصحُّهما: أنَّه لا يكون إقراراً؛ لأنه أمره بأن يعلم، ولم يحْصُل هذا العلم، وأنها[٣] إذا كانت تدَّعي على زوجها أنه طلَّقها ثلاثاً، وهو منْكِرٌ، ثم قال لفقيه: اكتب لها ثلاثاً، قال جدي: يحتمل أن يُقَال: لا تكون كناية؛ لأن الكتابة فعل الكاتب، ولم يفوض الزوج الطلاق، حتَّى يقع ما صدر منه، ويحتمل أن يجْعَل كناية؛ ويكون التقدير اكتب ثلاثاً، فإني قد طلقتها ثلاثاً، وأنه لو قال: امرأتي الَّتي في هذه الدَّار طالقٌ، ولم تكن فيها، لا يقع الطلاقُ، وأنَّه لو قال (سه طلاق)[٤] (توسه باردادم)[٥] أو قال: رددتُ عليْكِ الطلقات الثلاثةَ، ونوى، وقَعَ الطلاق؛ لأنَّه استفادها من النِّكَاح الذي رضيت به، وأنه لو قال: أنتِ امرأتي، كانَتْ طالقاً أو قال (زن من هشته باد)[٦] فلا طلاق؛ لأنه ثمن أو دعاء وأنَّه لو قال امرأته طالِقٌ، وعَنَىٰ نفسه، قال جدي: يُحْتَمَل أن يقال: لا يقع الطَّلاَق؛ لأن هذه العبارة تصلُحُ[٧] لنفسه، ويُحْتَمَل أن يقال: يقع؛ لأن الإِنسان قد يعبِّر بغيره عن نفسه، وأنَّه إذا قال لابنه قل لأمِّك: أنتِ طالقٌ، قال جَدِّي: إن أراد التوكيلَ، فإذا قال الابن لها

---

(١) يعني: امرأتي.

(٢) سقط من ز.

(٣) في ز: وأيهما.

(٤) يعني: ثلاث طلقات.

(٥) يعني: طلقتك ثلاثاً.

(٦) جملة فارسية بمعنى: لتكن امرأتي طالقاً.

(٧) في ز: تصح.

ذلك، وَقَع الطَّلاق ويحتمل أن يقال: تطلَّق، والابن سفير يُخْبِرها بالحال.

وإنه لو قال كل امرأة في السكة طالق، وهي في السِّكَّة، حكى جدي عن بعض الأصحاب: أنَّه لا يقع طلاقه، والصحيح أنه يَقَعُ، وأنَّه لو وكَّل رجلاً بالطلاق، فقال الوكيل: طلّقت من يقع الطلاق عليها بلفظي، هل تطلَّق المرأة الَّتي وكّل بطلاقها، فيه وجهان، ولو وكله بطلاق امرأته فطلَّقها، ولم يَنْوِ عند الطلاق أنه يوقع لموكله، ففي الوقوع وجهان، وفي الفتاوى للقاضي الحُسَيْن أنه لو قيل له: فعلْتَ كذا، فأنْكَر، فقيل له: إن كنْتَ فعلْتَ كذا فامْرأتُكَ طالقٌ، فقال: نعم، أو قيل له [زن توارزنى توهشته][1] فقال (هشته)[2] لم يقع الطلاق؛ لأنَّه لم يوقعْه، وإنَّما أجازه، قال الشيخ الفرَّاء هذا استدعاء طلاقٍ منه، فليكن على القولَيْن فيما إذا قال لآخَرَ: طلقْتَ امرأتك، فقال: نعم، وفي «المستدرك» للإمام إسماعيل البوشنجي: أنَّه لو قال لامرأته: وهَبْتُك لاهْلِك، أو لأبيك، أو للأَزْواج، أو للأجانب، ونَوَى الطلاق، وَقَع الطلاق، كما لو قال: الْحَقِي بأهْلك، وأنَّه لو قال لامرأته: أنْتِ كذا، ونوى الطلاق، لا يُقْضَىٰ بوقوع الطلاق، وكذا لو علَّق بصفة، فقال: إنْ لم أفْعَلْ كذا، فأنْتِ كذا، ونوى الطلاق؛ لأنه لا إشْعَار له بالفرقة؛ فأشْبَهَ ما إذا قال: إن لم أفْعَلْ كذا، فأنْتِ كما أضْمِرَ ونَوَى الطلاق، وأنه لو قال: أربَعُ طرق عليك مفتوحةٌ، فخُذِي أيَّها شِئْت، فهو كناية، كقوله: اْلحَقِي بأهْلِكِ، وزوري أباكِ، وما أشبهها، ولو لم يقل: فَخُذي في أيها شئتِ، قال إسماعيل: اعتاضت[3] عَلَيَّ جوابُها، فراجعْتُ بعض مشايخي، فأجاب بعض أئمة خراسان: بأنه كناية تشبه قوله: خلَّيْتُ سَبِيلَكِ، وأجاب إمام العراقيين ـ يعني أبا بكر الشاشي ـ: بأنَّه ليس كناية وقوله: الطَّريقُ عليكِ مفتوحٌ، كقوله: أربَعُ طرقٍ مفتوحةٌ.

ولو قال: فتحْتُ طريقك، فلا ينْبَغِي أن يُفْرَق بينه وبين قوله: خَلَّيْتُ سبيلك، وقد سلَّمه إمام العِرَاقِيِّين ـ رحمه الله ـ، وبه يظهر أن قوله: الطريقُ علَيْكِ مفتوحٌ كنايةٌ أيضاً، كما لا فرْق في الصريح بين قوله: أطْلَقْتُكِ وبين قوله: أنتِ مطلَّقةٌ، وأنه لو قال لها: خُذي طلاقَكِ، فقالت: أخذْتُ، لم يقع الطلاق ما لَمْ توجد نية الإيقاع من الزوج، بقوله خُذِي أو من المرأة، إن حُمِلَ قوله على تفويض الطلاق إليها.

وفي «الإقناع» لأقضى القضاة الماوَرْدِيِّ: أن قول الزوج: لعَلَّ اللَّهَ أن يسُوقَ إليك خيْراً من كنايات الطَّلاق، وكذا قوله: بَارَكَ اللَّهُ لَكِ، بخلاف قوله: بَارَكَ اللَّهُ فِيكِ، وذكره غيره أيْضاً كأن قوله: بارك اللَّهُ فيكِ معناه: بارك الله لي فيك، وهو يُشْعِر برغبته

---

(١) جملة فارسية معناها: امرأتك ليست جديرة بك، طلقها.

(٢) يعني: طالق. (٣) في ب: اعتياض.

فيها والاستمتاع بها، فلا يصلح كناية عن الفِرَاق، وقوله: بَارَكَ اللَّه لك، أي الفراق ونحوه وسئل صاحب الكتاب في «الفَتَاوَىٰ» عما إذا كتب الشروط في إقرار رجل بالطلاق فقال له الشُّهُود: نَشْهَدُ عليْكَ بما في هذا الكتاب، فقال اشهدوا، هل يقع الطلاق فيما بينه وبين الله تعالى؟ فأجاب لا بل لو قال: اشهدوا عَلَيَّ أنّي طلَّقتُها بالأمس، وهو كاذب، لم يقع فيما بينه وبين الله[1] تعالى.

وفي «التتمة»: أنَّه لو قال لواحدة من نسائه: أنتِ طالقٌ مائةَ طلْقَةٍ، فقالت: تكفيني ثلاثٌ، فقال الباقي على صواحبك، لا يقَعُ عليهن الطلاق؛ لأنَّه لم يخاطبْهُنَّ بالطلاق، وإنما رد عليهن ما خاطَبَها به، وهو لغْوٌ في الزيادة على الثلاث، فلا نطلقهن بما هو لغْو، فإن نوى به الطلاق، كان طلاقاً؛ وترتب على قوله: أنتِ طالقٌ: والمعنى: أنتِ طالقٌ بثلاث، وهن طوالق بالباقي، وأنَّه لو قال: كل امرأة أتزوَّجها فهي طالق، وأنتِ يا أم أولادي.

قال أبو عاصم العَبَّاديُّ: لا يقع الطلاق عليها؛ لأن الطلاق قبل النِّكَاح لغْو، وقد ترتب طلاقها عليْه فيلْغُو، ويقْرُب من هذا ما ذكَره غيْره أنه لو قال لزوجته: نساء العالمين طوالق، وأنت يا فاطمة، لا يقع؛ لأنَّه عَطَفَ طلاقها علَىٰ طلاق نسوة لا يقع طلاقهن[2]، وأنَّه لو قيل له: فعلْتَ كذا فأنكر فقال له من يجاوره: الحِلُّ عليك حَرَامٌ، والنية نيتي أنك ما فعلت فقال: الحِلُّ عليَّ حرامٌ والنية نيتك أنّي ما فعلته يلغو قوْلِه: النية نيتك، ويكون الحكم كما لو تلفَّظ بهذه الكلمة ابتداءً، ولو قال له لمَّا أنكر: امرأتُكَ طالقٌ، إن كنت كاذباً فقال: طالق وقال: ما أردتُ طلاق امرأتي، يُقْبَل؛ لأنَّه لم توجد إشارة إليها ولا تسمية لها، وإن لم يدَّع إرادة غيرها، حكم بوقوع الطلاق؛ لأن الظاهر ترتيب كلامه على كَلاَم ذلك القائل، ونقل الفقيه أبو الليث السمرقندي في «الفتاوى» عن بَعْض أصحابهم: أنَّه لو قال لامرأته [تومرار كارنيستي][3] ونوى به الطلاق، لا يكون طلاقاً، ولا يبعد عده من[4] الكنايات، كما لو قال: لا حاجَةَ لي

---

(١) قال في المهمات: مقتضاه الوقوع في الظاهر وهو مخالف لما في زيادة الروضة في آخر الباب الأول من الإقرار كما تقدم يشير إلى ما قدمه في باب الإقرار، ثم قال: وفي فتاوى الغزالي ما يقتضي النفوذ باطناً أيضاً فقال إذا قال المشهود اشهدوا عليّ أني وقفت جميع أملاكي وذكر مصادقها ولم يذكر شيئاً منها صارت الجميع وقفاً ولا يضر جهل الشهود بالحدود ولا سكوته عن ذكر الحدود ثم قال ـ أعني صاحب المهمات ـ الصواب في ذلك ونحوه أنه لا يكون إقراراً كما واضحه ابن الصلاح في فتاويه. . إلى آخر ما ذكره الغزالي وأقره عليه الشيخان.

(٢) قال في المهمات: مقتضاه أن العطف على الباطل باطل وسيأتي في الكلام على الإكراه ما يخالفه.

(٣) جملة فارسية معناها: لا أرغب فيك.

(٤) في ز: في.

فيكِ، وفي «فتاويه»: أنه سئل بعْضُ أصحابهم عن رجُل سكران، فقال لامرأته أي صرح (كيله بماه ماندرويت باتومن طلاق داده سويت)[1] فقال: إن كان لَهَا قبْل هذا الزَّوْج زوج آخَرُ لم تقع عليها طلقة إلاَّ أن ينوي، وإن لم يكُنْ قبله زوْج، يقع الطلاق، نوى أو لم ينوِ، ويُشْبِه أن يقال لو قال: أردتُ مخاطبتها بمصراع الأول، وكنت في المصراع الثاني؛ حَاكياً القول الشاعر، يُقْبَل، ولا يقع الطلاق، إلا شبه ألا يقع الطلاق إلاَّ إذا نوى؛ لوجهين:

أحدهما: أن مقصود الشاعر طلاق زوج آخر، وإلاَّ فكيف تكون زوجةً له مفوضاً إليها أمر نيته ومطلقة منه، والغالِب أن التمثيل بالشعر يريد ما أراده الشَّاعر، وإذا قال الزوج: طلقَكِ زوْج آخَرُ لم يقع طلاقه، وإن لم يعرف لها زوج آخر.

والثاني: أن مقصود الشاعر طَلاَق عساه يوجد في المستقبل، كأنَّه تمنى أن يطلِّقها زوْجُها، وتصير زوجةً له، والخبر عن الطلاق في المستقبل ولا يوجب الوقوع[2] في الحال.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الفَصْلُ الثَّانِي فِي الفِعْلِ): **أَمَّا الإِشَارَةُ المُفْهِمَةُ مُعْتَبَرَةٌ مِنَ الأَخْرَسِ فِي الطَّلاَقِ، وَالصَّرِيحُ مِنْهَا يَشْتَرِكُ فِي فَهْمِهَا الكَافَّةُ، وَالكِنَايَةُ مِنْها مَا يَفْطِنُ لِدَرْكِهِ بَعْضُ النَّاسِ، وَأَمَّا القَادِرُ فَإِشَارَتُهُ لاَ يَكُونُ صَرِيحاً أَصْلاً، وَهَلْ يَكُونُ كِنَايَةً؟ فِيهِ خِلاَفٌ مُرَتَّبٌ عَلَى كَتْبِهِ الطَّلاَقَ مِنَ القَادِرِ عَلَى النُّطْقِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: تبيَّن الحُكْم في الأفعال الدالَّة على النطق، وكما أن الأقْوال تُفْهِم، وتدُلُّه على المعنى، فالإشارة والكتابة من الأفْعَال يدُلاَّن أيْضاً، والمقصود بيان حكمهما، أما الإشارة فهي معتَبَرةٌ من الأخْرَس في وقوع الطلاق؛ لأنه كذلك يعبر ويدل على ما في ضميره، قال الإمام: وتقوم إشارته مَقَام عبارة الناطق في جميع العقود والحلول والأقارير والدعاوى، نَعَمْ، في شهادته خلافٌ يأتي في موضعه.

وإذا أشار في الصلاة بالطلاق أو البيع أو غيرهما، صَحَّ العَقْد، ولم تبطل الصلاة على الصحيح، وفيه وجْه ثم منهم من أدار الحكم على إشارته المفهومة وحَكَم بوقوع الطلاق بها، نوى أو لم ينوِ، كذلك ذكَر صاحب «التهذيب»، وقسَّم آخرون منهم الإمَام، وصاحب الكتاب إشارَتَه إلى صريحة تُغْنِي عن النية، وهي التي يَفْهَم منها الطلاقَ كُلُّ مَن وقَف عليهما، وإلى كناية تحتاج إلى النِّيَّة، وهي التي يفهم الطلاق منها

---

(١) هو بيت فارسي معناه: تشيحين عني بوجهك، مثل الحجلة تكبراً وغروراً، إذا رغبت في البعاد عنك مفارقاً.

(٢) في ب: الطلاق.

المخصوص بالفِطنة والذكاء، ظَنّي أني سمعْتُ أو رأيت لبعضهم أن الكناية هي التي يختص بفَهْم الطلاق منها المخصوص بالفطنة والذكاء، ظَنّي أني سمعْتُ أو رأيت لبعضهم أن الكناية هي التي يختص بفَهْم الطلاق منها مَنْ خالطه، واختبر أحواله وإشاراته، والصريح ما يفهم الخلطاء والأجانب، ولو بالغ في الإِشَارَة، ثُمَّ ادَّعَىٰ أنَّه لم يُرد الطَّلاق، وأفهم هذه الدعوىٰ، قال الإِمام هو كما لو فسَّر اللفظة الشائعة في الطَّلاق بغير الطلاق، لأنَّ التحاق مثل تلْك اللفظة بالصرائح سببه الشيوع والتفاهم، دون الوَضْع، كما أن الاعتماد في الإِشارة على الفَهْم.

ولا فَرْق في اعتبار إشارته بين أن يقدر على الكتابة أو لا يَقْدِر؛ لحصول الفَهْم كذلك، ذكره الإِمام، ويوافقه إطلاق الأكْثَرين، وفي «التتمة» أن إشارة الأخرس إنما تعتبر، إذا لم يقدر على كتابة مُفْهِمه وإن قَدَرَ عليها، فالكتابة هي المعتبرة؛ لأنَّها أضبط وأدل على المُرَاد، وينبغي أن يكتب مع ذلك إنِّي قصدتُ الطلاَق.

ويقع الطلاق بكتابة الأخْرَس، كما يقع بإشارته، وعن الشيخ أبي محمَّد: أن الكتابة في حقِّه صريحةٌ، والصحيح أنَّها كناية أنها [وإن كانت] أضْبَط، وأدل على المراد، تحتمل امتحان القلم، ومحاكاة الخَطِّ ولا يشترط مع الكناية الإِشارة.

وحكى الحناطي وجْهَيْن؛ وفي «المجرَّد» للقاضي أبي الطيِّب مثْله، قال: إن قلْنا: لا يَقَع طلاقُ الناطق بالكتابة، حتى يقرأ ويتلفَّظ، فيحتاج الأخرس إلى الإِشارة؛ ليقوم مقام العبارة وإن قلنا: يقع بالكتابة مع النيَّة، فلا يحتاج إلى الإِشارة بالطلاق، ويكفي أن يفهما أنه نَوَى الطلاق.

وأمَّا القادر على النُّطْق، فإشارته ليْسَتْ بصريحة، وإن وُجِدَ منه ما نجعلُه صريحاً من الأخرس، لأن عدوله من العبارة إلى الإِشارة يُوهِم أنه غيْر قاصد للطلاق، وهذا كما أن الكتابة كناية [في حق] الناطق، وإن جعلت من الصرائح في حقِّ الأخرس.

وهل يكون إشارته كناية؟ فيه وجهان: عن رواية صاحب «الأفصاح»:

أحدهما: نَعَمْ؛ لحصول الإِفْهَام بها، كالكتابة هذا عن صاحب «التلخيص» واختيار القفَّال:

وأظهرهما: لا؛ لأن الإِشارة لا تُقْصَد للإِفهام بها إلاَّ نادراً بخلاف الكتابة؛ فإنها حروف موضوعة للإِفهام، كالعبارة، وحكى الشيخ أبو عليٍّ أن أبا زَيْدٍ أجاب بالوجْه الأول فيما إذا قالت المرأة: طلِّقْنِي، فأشار بيده أن اذهبي، واستبعده، ورتب المرتبون الوجهيْن على الخلاف الَّذي يأتي في أن كنايَةَ القَادر على النُّطْق، هَلْ هي، كناية فالإِشارة أوْلَىٰ بألاَّ تكون كنايةً؛ لاختلافها بالأحوال والأشخاص واختلاف الناس في فهمها، وهذا ما أورده في الكتاب.

فَرْعٌ: فقال لأحدهما: أنتِ طالقٌ، وهذه إشارةٌ إلى الأخرى، فتطلق الأُخرى ويفتقر الوقوع إلى النية؟ فيه وجهان عن أبي العبّاس الروياني.

ولو قال، وله امرأتان: امرأتي طالقٌ، وأشار إلى إحداهما ثم قال: أردتُ الأخرى، فوجهان عنه:

أحدهما: يقبل ولا تلزمه بالإشارة.

والثاني: أنهما تُطَلَّقان، أما المُشَار إليها؛ فلظاهر الإشارة عند اللفظ، وأما الأخرى فلأنه قال: أردتُها.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَهِيَ لَيسَ بِصَرِيحٍ أَصْلاً لَكِنَّهَا كِنَايَةٌ عَلَى قَوْلٍ، وَلَغْوٌ عَلَى قَوْلٍ، وَهُوَ مِنَ الحَاضِرِ لَغْوٌ وَمِنَ الغَائِبِ كِنَايَةٌ عَلَى قَوْلٍ ثَالِثٍ لِلْعَادَةِ، وَيَجْرِي الخِلاَفُ فِي العِتْقِ وَالإِبْرَاءِ وَالعَفْوِ وَمَا لاَ يَحْتَاجُ إِلَى القَبُولِ، أَمَّا البَيْعُ وَالمُعَاوَضَاتُ فَالخِلاَفُ فِيهِ مُرَتَّبٌ وَأَوْلَى بِأَنْ لاَ يُعْتَبَرَ، وَالنِّكَاحُ مُرَتَّبٌ عَلَى البَيْعِ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّعَبُّدِ وَلِعُسْرِ اطِّلاَعِ الشَّاهِدِ عَلَى النِّيَّةِ فَإِنَّهُ كِنَايَةٌ، ثُمَّ إِنْ جَوَّزْنَا فَيَكْتُبُ أَمَّا بَعْدُ فَقَدْ زَوَّجْتُ بِنْتِي مِنْكَ وَيُشْهِدُ عَلَيْهِ شَاهِدَيْنِ، وَإِذَا بَلَغَهُ فَيَقُولُ فِي الحَالِ: قَبِلْتُ أَوْ يَكْتُبُ عَلَى الفَوْرِ وَيشْهِدُ عَلَيْهِ شَاهِدَي الإِيجَابِ، فَإِنْ أَشْهَدَ آخَرَيْنِ فَفِيهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا كتب القادر بطلاق زوجته، نُظِرَ؛ إن قرأ ما كتب، وتلفَّظ به، إما في حال الكتابة أو بَعْد ما فرغ منها، وقع الطلاق، وإن لم يتلفظ به، فيُنْظَرُ إنْ لم يَنْوِ إيقاع الطَّلاق، لم يَقَع الطلاق.

وعن رواية الشيخ أبي عليٍّ أنه يقع، وأن الكتابة صريحة كالعبارة، ويُرْوَىٰ هذا عن مَذْهَب أحمد ـ رحمه الله ـ والصحيح الأوّل ووجه ذلك أن الكتابة تحتمل النسخ، والحكاية وتحتمل تجربة القلم والمداد وتقويم الخط وغيرهما.

وإن نوى إيقاع الطلاق فقولان:

أصحهما: أنَّه يقَع الطَّلاق، وبه قال أبو حنيفة ومالك، وأحمد، والمُزَنِيُّ ـ رحمهم الله ـ؛ لأن الكتابة أحد الخطابَيْن كالكلام، والإنسان يعبر عما في نفسه، بالكتابة، كما يعبر بالعبارة.

والثاني: لا يقع؛ لأنه فِعْل من القادر، فلا يصلح كناية عن الطَّلاق؛ كما لو سألته الطلاق فضربَها، وأخرجها من بَيْتِه، ونوى الطلاق، والقبول الأوّل منصوص في «المختصر» و «الأم»، ويُحْكَىٰ الثاني عن «الإملاء»، ومنهم من خرَّجه من قوله في الرجعة حيث قال: إنَّها لا تحصُل بالوطء، لأنَّه لمَّا لم يكن نكاح، ولا طلاق إلاَّ

بكلام، كذلك الرَّجْعَة، وعبَّر بعضهم بالخِلاَف من الوجهين لمكان التخريج، هذه هي الطريقة الظَّاهِرَة، ووراءها طريقان:

إحداها: القطع بوقوع الطلاق.

والثانيةُ: عن أبي إسْحَاق؛ القَطْع بعَدَم الوقوع، حكاه الحناطي.

وإذا قلنا بطريق القولين، ففي موضعهما ثلاث طُرُق:

أحدها: أن الخلاف في حقِّ الغائب، فأما الحاضر الخاص فكنايته لَغْوٌ؛ للعادة الغالبة بالمكاتبة في الغَيْبة، وفي الحُضُور لا حاجة إلى الكتاب.

والثاني: أن الخلاف في حقِّ الحاضر، أما الغائب فكتابته كنايةٌ لا محالَةَ، وأظهرهما طرد الخلاف فيهما؛ لأن الحاضر أيضاً قد يَكْتُبُ إلى الحاضر لئلا يطَّلع عليه سائر الحاضرين، أو لاستحيائه عن المُخَاطبة وغيرها، والغائب عن المجلس عن البَلَد سواء فيما نَحْن فيه، وإذا اختصرت هذه الاختلافات خرج منها المختصر ثلاثة أقوال أو أوجه.

الثالث: أن الكتابة كنايةٌ في حق الغائب دون الحاضر، كما ذكر في الكتاب.

وليعلَّم قولُه «لَيْسَ بِصَرِيحٍ» بالألف والواو، وقوله: «لَغْو» بالحاء والميم والألف والزاي لأنَّ الكتابة عندهم جميعاً كنايةٌ، وكذا قوله «مِنَ الحَاضِرِ لَغْوٌ» والخلاف المذكور في أن الطَّلاق هل يقع بالكتابة جارٍ في سائر التصرُّفات التي لا تحتاج إلى القَبُول؛ كالإعتاق، والإبراء، والعفو عن القصاص وغيرها، ولا فَرْق، أمَّا ما يحتاج إلى القَبُول فينقسم إلى نِكَاح، وغيره، أما غيْر النكاح؛ كالبيع، والإجارة، والهبة، ففي انعقادها بالكتابة خلافٌ يترتَّب على الخلاف في الطلاق وما في معناه، إن لم نعتبر الكتابة هناك، فها هنا أولى، وإن اعتبرناها، فها هنا وجْهان؛ للخلاف في انعقاد هٰذِهِ التصرفات بالكناية وأيضاً فإن القَبُول شرطٌ فيها وإنه يتأخر عن الإيجاب، والأشبه الانعقاد، ومن قال به جعَل تَمَام الإيجاب بورود الكتاب؛ حتى يشترط اتصال القَبُول به.

وفي وجه: لا يُشْتَرط ذلك، ويراعى التواصل اللائق بين الكتابين، وقد أشرْنا إلى ذلك كلِّه في أول «البَيْع» وحكينا عن بعض المسودات أن المشتري لو أجاب بالقَوْل، كان ذلك أقوى من أن يَكْتُبَ، وهذا ذكره الإمام، وأما النِّكاح، فالخلاف فيه يترتَّب على الخلاف في البيع وسائر ما يفتقر إلى القبول من وجهين:

أحدهما: اختصاص النِّكاح بمزيد الاحتياط والتضييق وكذلك[1] وقع الخلاف في انعقاده بالترجمة.

---

(١) في ز: في ذلك.

والثاني: أن الكتابة كناية، والكنايات تَعْمَل بالنية، والشهود لا يَطَّلِعُون على النيات، فإن قال بعد الكتابة: نَوَيْتُ، عند الكتابة، فهُمْ شُهود على إقراره بالعقد، لا على نَفْس العَقْد، والأظهر في النكاح المَنْع، ومن جوَّزه اعتمد الحاجة للغيبة، وإذا قلنا بانعقاد البَيْع والنكاح بالكتابة، فذلك في حال الغَيْبة، فأما عند الحضور، فالخلافُ يترتَّب على ما سَبَق، ويجيْء من الترتيب طريقة قاطعة بالمَنْع، وبهذا أجاب القاضي أبو سَعْد الهَرَوِيُّ في النكاح على ما ذَكَرنا في بابه، وإليها ميل الإمام، وحيْث حَكمنا بانعقاد النكاح، بالكتابة فيكتب: زوجتُ بنتي منك، ويَشْهد الكِتَابَ عدْلان، فإذا بلَغَه، فيقبل لفظاً أو يكْتُب القبول، ويشهد القبول شاهدَا الإيجاب، فإن شَهِد آخران فوجهان:

أحدهما: الجواز، ويُحْتَمَل ذلك كما احتمل الفصل بين الشقين للحاجة، وأصحهما المنع؛ لأن واحداً منهما ما يحضر العقد بتمامه.

ويُشْتَرط أن يكون القَبُول لفظاً أو كناية على الفور، وفيه وجه ضعيف كما تقدَّم.

ولو كتب إلى إنسان: إني وكَّلْتُك ببيع كذا من مالي، أو بإعتاق عَبْدي، فإن قُلْنَا: الوَكَالَةُ لا تحْتَاج إلى القبول، فهو ككتبه الطَّلاق، وإن قلنا تحتاج إليه، فكالبيع ونحوه من العقود.

وقوله في الكتاب «فَيَكْتُب، أمَّا بَعْدُ» لا يخفى أن لفظة «أمَّا بَعْدُ» غير متعيّنة، وإنما أجراها على سبيل الرسائل.

وقوله «ويُشْهِدُ عَلَيْهِ شَاهِدَيْنِ» فيه توسُّع أي ويَشْهَدُه شاهدان، وكذا قوله «ويُشْهِدُ عَلَيْهِ شَاهِدَي الإِيجَابِ» فإن المرعى حضور الشهود لا غَيْر.

وقوله: في «الحَالِ» وقوله: «عَلَى الفَوْرِ» يجوز إعلامهما بالواو؛ لما عرفْتَ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَلَوْ كَتَبَ زَوْجَتِي طَالِقٌ وَقَرَأ وَنَوَى وَقَعَ، وَإِنْ قَرَأ وَقَالَ: قَصَدتُّ القِرَاءَةَ دُونَ الطَّلاَقِ قُبِلَ فِي الظَّاهِرِ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ وَلاَ شَكَّ فِي أَنَّهُ يَدِينُ، وَلَوْ كَتَبَ إِلَيْهَا: أَمَّا بَعْدُ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَنَوَى وَقَعَ فِي الحَالِ، وَإِذَا قَالَ: إِذَا قَرَأْتِ كِتَابِي فَأَنْتِ طَالِقٌ طُلِّقَتْ إِذَا قَرَأَتْ أَوْ قُرِىءَ عَلَيْهَا إِنْ كَانَتْ أُمِّيَّةً، وَإِنْ كَانَتْ قَارِئَةً فَقَرَأ عَلَيْهَا غَيْرُهَا لَمْ تُطَلَّقْ عَلَى الأَصَحِّ، وَلَوْ قَالَ: إِذَا بَلَغَكِ الكِتَابُ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَبَلَغَهَا وَقَدْ انْمَحَى جَمِيعُ الأَسْطُرِ لَمْ يَقَعْ (و)، وَإِنْ لَمْ يَنْمَحِ إِلاَّ أَسْطُرُ الطَّلاَقِ فَوَجْهَانِ، فَإِنْ لَمْ يَنْمَحِ إِلاَّ الصَّدْرُ وَالتَّسْمِيَةُ دُونَ المَقَاصِدِ فَوَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ، وَأَوْلَى بِأَنْ يَقَعَ، وَإِنْ انْمَحَى الجَمِيعُ إِلاَّ سَطْرَ الطَّلاَقِ فَأَوْلَى بِأَنْ يَقَعَ، وَإِنْ سَقَطَ الحَوَاشِي دُونَ المَكْتُوبِ وَقَعَ(و).

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا كتب: زَوْجَتي طالقٌ، أو يا فلانةُ أنتِ طالقٌ أو كلُّ زوْجَةٍ لي

طالقٌ، وقرأ ما كتبه، ونوى، فقد قدَّمنا أنَّه يقع الطلاق، فلَوْ قال: لم أَنوِ الطلاق، وإنما قصدتُ قراءة ما كتبته، وحكاية ما فيه، ففي قَبُوله ظاهراً وجهان مشبهان بالوجهين فيما إذا حل الوثاق عنها، فقال: أنتِ طالقٌ، وقد سبق ذكرهما[١]، وإنما يَظْهَر فائدة كلامه هذا، إذا لم نجعل الكتابة صريحةً، أو أنكر اقتران نية الطلاق بالكتابة، أمَّا إذا جعلْنَاها صريحةً، وسلم اقتران النِّيَّة بها، فالطَّلاَق واقِعٌ، ولا معْنَىٰ لقَوْلِهِ: قَصَدتُ القراءة.

والثانية: إذا أوقعنا الطلاق بالكتابة فَيُنْظَرُ في الصِّيغَة المكتوبة؛ إن كَتَب: أما بَعْدُ، فأنْتِ طالقٌ، وقع الطلاق في الحال؛ وإن ضاع الكتاب قَبْل أن يصل إليها، وإن كتب إذا قرأتِ كتابي، فأنْتِ طالقٌ، فلا يقع الطلاق في الحال، ولا[٢] إذا بلغها الكتاب، بل عنْدِ القراءة، ثم إن كانَتْ تُحسن القراءة فتُطَلَّق إذا قرأت، قال الإمام: والمعتبر أن تَطَّلِعَ على ما فيه، ولم يختلف علمائنا ـ رضي الله عنهم ـ في أنَّها إذا طالعته وفَهِمَتْ ما فيه، يقَعُ الطلاق، وإن لم تتلفظ بشيْء وإن قرأ غيرها عليها فوجهان:

أحدهما: أنه يقع الطلاق [أيضاً][٣]؛ لأنها عَرَفَتْ ما فيه، واطَّلَعَت عليه، وهو المقصود.

وأصحهما: وهو الذي أورده في «التهذيب»: المنع؛ لأنها أهْلٌ للقراءة ولم يقرأ، فأشبه ما إذا علّق على فعل آخر من أفعالها، وإن كانَتْ لا تُحْسِن القراءة؛ وقع الطلاق إذا قرأه عليها غيْرُها، لأن القراءة حقّ الأُمِّيّ محمولةٌ على الوقوف والاطِّلاع.

وفيه وجه ضعيف: أنه لا يقع، ومن ذَهَب إليه جعل تعليق الطلاق بقراءة الأُميّة، كالتعليق بالأمور الممتنعة، مثْل صعود السماء وغيْره، ولو كان الزوج لا يعرف أنَّها قارئة، أو أُمّيّة فيَجُوز أن يقال: ينعقد التعليقُ على قراءتها بنفسها؛ نظراً إلى حقيقة اللَّفظ، ويجوز أن يقال: ينعقد على الفَهْم والاطلاع، لأنه القَدْر المشترك، والأصل في الناس ألاَّ يحسنوا القراءة، والأول أقْرب، وإن كتب: إذا أتاك أو بَلَغَكِ أو وصل إليك كتابي، فأنْت طالقٌ، فلا يقع الطلاق قَبْل أن، يأتيها، فإن ضاع ولم يبْلُغْها، [لم يقع] وانمحاء المكتوب كضياع الجرم حتى لو بلغها القرطاس وقد انمحى جميع ما كتب عليه بالوقوع في حاء وغيره وانمحى بحيث لا يمكن القراءة، [لم تطلق] وإن بقي أثر، وأمكنت القراءة فهُوَ كما لو وَصَل والمكتوب بحاله، وإن وصَل إليها بَعْض الكتاب دون بعض، فَحُزِمَ الكتابُ أربعة أقْسَام:

أحدهما: موضع الطلاق، فإن كان هو الضائع، أو انمحى المكْتُوب فيه، ووصل الباقي فوجهان:

---

(١) في ز: ذكرها.
(٢) في ز: وإلا.
(٣) سقط في ز.

أحدهما: يقع؛ لوصول الكتاب.

وأصحهما: وهو المذكور في «التَّهْذِيب» المَنْع؛ لأنه لم يبلغ جميع الكتاب، ولا ما هو المقصود الأصلي منه.

وفيه وجه ثالث: وهو أنَّه إذا قال: إذا جاءك كتابي هذا أو إذا جاءك الكتاب، لم يَقَع، لأنه لم يجئها جميعُهُ وإن قال: إذا جاءك كتابي يقع، لأنَّه قد جاءها كتابه.

والثاني: مَوْضِع سائر مقاصد الكتاب، ومنه ما يَعْتذِر به عن الطَّلاَق، وما يوبخها عليه من الأفْعَال الملجئة إلى الطلاق، فإذا كان الخَلَل فيه بالتخرق والانمحاء، وبقي موضع الطلاق وغيْره، ففيه الأوجه الثلاثة، وهذه الصورة أَوْلَىٰ بالوقوع، وبه قال أبو إسحاق؛ لوصول الطَّلاَق إليها، وهو المقصود الأصلي من الكتاب، ويحسن أن يعتمد على الوجه الثالث في الصورتين جميعاً.

والثالث: موضع السوابق واللواحق التي ثبتت في المكاتبات خطًّا للأدب؛ كالتسمية، والصدر في أول الكتاب، والحمد، والصلاة في آخره، فإذا كان الخَلَل فيه، والمقاصد باقيةٌ، ففيه الخلاف، وهذه الصورة أَوْلَىٰ بالوقوع، وهو الأظهر على ما ذكر الإمام قال: وكنت أُحِبُّ أن يفرق في هذه الصور الثلاث بيْن أن يَبْقَىٰ مُعْظَم الكتاب أو يختل فإن للمعظم أثراً ظاهراً في بقاء الاسم وزواله[1].

والرابع: الحواشي والبَيَاض في أول الكتاب وآخره، فظاهر المَذْهَب أنَّه لا عبرة بزوالها؛ لأن الكتاب، هو المكتوب وقد بَقِيَ كلُّه، فيقع الطلاق بوصوله، فلا يجيْء فيه الخلاف، وهذا ما حكاه القاضي أبو الطَّيِّب عن الماسرجسي، ومنهم من أثبت فيه الخلاف، وقال: الحواشي والبياض من أجزاء الكتاب، ولذلك يَحْرُم على المُحْدِث مسهما من المُصْحَف، كما يحرم موضع الكتاب.

وقوله في الكتاب: «وَقَدِ انْمَحَىٰ جَمِيعُ الأَسْطُرِ» يعني الانمحاء الكلِّيّ؛ بحيث زال الأثر وتعذرت القراءة، ويجوز أن يعلَّم بالواو؛ لأنه رُوِيَ عن صاحب «التقريب» وجه: أنه يقع الطلاق إذ يقال أتاني كتاب فلان وقت المجيء، وقوله «وإن لم ينمح إلاَّ أسطر الطلاق» هو الصورة الأُولَىٰ من الصور الأربع، وقوله: «فإن لَمْ ينمح إلاَّ الصَّدْرُ والتَّسْمِيَةُ» هو الصورة الثالثة، ولم يتعرَّض في اللفظ للصورة الثانية وقوله «وإن انمحى الجميعُ إلا أسطر الطلاق» فأَوْلَىٰ بأَنْ يقع يعني من الصورة الأُوْلَىٰ، وهو ما إذا لم تنمح

---

(١) قال النووي: هذا الذي أشار إليه الإمام، هو وجه ذكره في «المستظهري» لكنه لم يطرده فيما إذا انمحى موضع الطلاق، لم يقع عنده، وعند سائر العراقيين قطعاً، ولفظه: وقيل: إن وجد أكثر الكتاب، طلقت.

إلا أسطر الطلاق، لا من صور انمحاء الصَّدْر والتسمية، دون المقاصد.

وقوله: «وإن سَقَطَ الحَوَاشي» هو الصورة الرابعة، ليعلِّم قوله: «وَقَعَ» بالواو.

ولو كتب: إذا بَلَغَكِ طلاقي، فأنت طالقٌ، فإن بلَغَ موضع الطلاق، وقع بلا تفصيل ولا خلاف وإن بلغ ما عداه وبطل موضع الطلاق لم تطلق ولو كتب: إذا بلَغَكِ كتابي فأنْتِ طالق وكتب أيْضاً: إذا وَصَلَ إلَيْكِ طلاقي، فأنْتِ طالقٌ، فبلَغها، وقعَتْ طلقتان؛ لوجوب الصفتين، وإذا كان التعليق بقراءتها الكتاب، فقرأت بعْضَه دون بعض، فعلى ما ذكَرْنا في وصول بعْضه دون بعض.

فروع: لو كتب كناية من كنايات الطّلاق، ونوى، فهو كما لو كَتَبَ الصرائح، ولو أمر الزَّوْج أجنبيًا، فكتب بالطلاق، ونوى الزَّوْج لم تطلُق كما أو أَمَر أجْنبيًا بأن يقول لزوجته: أَنْتِ بائنٌ، ونوى الزوج، ولو قال: إذا بَلَغَكِ نِصْفِ كتابي هذا، فأنْتِ طالقٌ، فبلغ الكتابُ كله، ففيه وجهان، وعن صاحب «التقريب»:

أحدهما: يَقع؛ لاشتمال الكُلِّ على النصف.

والثاني: المنع؛ لأن النِّصْف في مثل هذا الموضع يراد به النِّصْف المفرد المميز[1]، والكتابة على الكاغد والرَّقّ، واللوح، وبالنقر في الخشب، والحجر سواءٌ في الحكم على ما بيَّنَّا في «البيع» وذكَرْنا أنَّه لا عِبْرة برسم الحُرُوف على الماء والهواء؛ لأنها لا تَثْبُتُ.

قال الإمام: لا يَمْتَنع أن يلتحق هذا بالإشارات؛ فإنها حركَاتٌ يُفْهَمُ منها شكْلُ الحروف، فتنزل منزلة الإشارات المفهمة، ولك أن تقُولَ: الإشَارة المُعْتَبَرَة هي الإشارة إلى معْنَى الطلاق، وهو الإبعاد والمفارقة لا إلى حروف الطلاق، وهذه إشارة إلى الحُرُوف، ونقل في «التتمة» عن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أنَّه إن كتب على البياض: وقَعَ الطلاق، وإن كتب على حائطٍ، وثَوْب، لم يَقَعْ، ولو قالت المرأة: أتاني كتاب الطلاق، وأنكر الزَّوْج أنَّه كتبه أو أنه نوى الطلاق، فالقول قوله، ولو شهد شُهُود على أنه خطه، لم يَثْبُت الطلاق، بل نحتاج مع ذلك إلى إثبات قراءته، أو نيته، وإنما يجوز للشُّهود أن يشهدوا على أنَّه خطّه وإذا شاهدوه وقْتَ الكتابة، وكان الخَطُّ محفوظاً عندهم؛ ليأمنوا التزوير، ولو كتب: أنتِ طالقٌ، ثم أشهد، وكَتَب: إذا بلَغَكِ كتابي، فإن احتاج إلى الإِشهاد[2]، لم تُطلَّق؛ حتى يبلغها الكتاب، وإن لم يحتج إليه طُلِّقَتْ في الحال.

فَرْعٌ: حرك لسانه بكلمة الطلاق، ولم يرفع صوته بقَدْر ما يسمع، ففي «التتمة» أن الزجاجيَّ حكى فيه قولين:

---

(١) قال النووي: الأصح الوقوع.

(٢) في ب: الاستحداد.

أحدهما: وقوع الطلاق؛ لأنا نُوقِعُ الطلاق بالكتابة مع النية، فعِنْد اللفظ أَوْلَى[١].

والثاني: المَنْع؛ لأنه ليس؛ بكلام ولهذا يشترط في قراءة الصلاة أن يُسْمِعَ نَفْسَهُ [والله أعلم].

قَالَ الغَزَالِيُّ: **(الفَصْلُ الثَّالِثُ فِي التَّفْويضِ)**:[٢] **وَهُوَ أَنْ يَقُولَ: طَلِّقِي نَفْسَكِ فَإِذَا قَالَتْ: طَلَّقْتُ وَقَعَ، وَهُوَ تَمْلِيكٌ أَوْ تَوْكِيلٌ فِيهِ قَوْلاَنِ، فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ تَمْلِيكٌ لَمْ يَجُزْ لَهَا تَأْخِيرُ التَّطْلِيقِ لأَنَّهُ كَالقَبُولِ، وَإِنْ قُلْنَا: تَوْكِيلٌ فَفِي جَوَازِ التَّأْخِيرِ وَجْهَانِ، وَلَو رَجَعَ قَبْلَ تَطْلِيقِهَا جَازَ عَلَى القَوْلَيْنِ، وَقِيلَ: لاَ يَجُوزُ عَلَى قَوْلِ التَّمْلِيكِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يجُوز للزَّوج تفويض الطَّلاق إلى زوجته، قال الأصحاب: والأصل فيه أن النبيَّ ـ ﷺ ـ خَيَّر نسَاءه بيْن المقام معه وبيْن مفارقته[٣]، لمَّا نَزَل قوله ـ تعالى ـ: ﴿يَأَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لأَزْوَاجِكَ﴾ [الأحزاب: ٢٨] الآية والتي بعدها، وإذا فوض الطلاق إليها بأن قال: طلِّقِي نَفْسَك أو طلِّقي نفسك إن شئت، فهو تمليك للطَّلاق أو توكيل به، فيه قولان:

أصحهما: وهو الجديدُ[٤]؛ أنه تمليك[٥]؛ لأنه يتعلق بغرضها وفائِدَتِها، وكأنَّه يقول: مَلَّكْتُك نفْسَك، فتملكها بالطلاق.

والثاني: ويُنْسَب إلى القديم، أنَّه توكيل كما لو فرض طلاقها إلى أجنبيٍّ، وبه قال أبو حنيفة فيما رواه أبو الفرج السرخسي وغيره.

التَّفْرِيع: إن قلنا: إنَّه تمليكٌ، فتطليقها نفْسَها متضمن للقبول، ولا يجوز تأخيره،

---

(١) قال النووي: الأظهر: الثاني، لأنه في حكم النية المجردة، بخلاف الكتب، فإن المعتمد في وقوع الطلاق به حصول الإفهام ولم يحصل هنا.

(٢) وهو جائز بالإجماع واحتجوا له أيضاً بأنه ﷺ خير نساءه بين المقام معه وبين مفارقته لما نزل قول الله تعالى: ﴿يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها﴾... الخ.
فلو لم يكن لاختيارهن الفرقة أثر لم يكن لتخييرهن معنى، فإن قيل: لا دليل في ذلك لما صححوه من أنه لا يقع الطلاق باختيارهن الدنيا، بل لا بدّ من إيقاعه بدليل «فتعالين أمتعكن وأسرحكن» أجيب بأنه لما فوّض إليهن سبب الفراق وهو اختيار الدنيا، جاز أن يفوّض إليهن المسبب الذي هو الفراق.

(٣) أخرجه البخاري و مسلم من حديث عائشة، وقد تقدم في الخصائص، وروى أحمد في مسنده من حديث علي أنه خير نساءه بين الدنيا والآخرة، ولم يخيرهن الطلاق.

(٤) لأنه يتعلق بغرضها كغيره من التمليكات، فنزل منزلة قوله: ملكتك طلاقك.

(٥) أي يعطى حكم التمليك.

لأن التمليك يَقْتَضِي الجواب على الفَوْر، فلو أخَّرَت بقدْر ما ينقطع به القَبُول عن الإيجاب، ثم طَلَّقت، لم يقع الطلاق.

وعن ابن القاصِّ وغيره؛ أنَّه لا يضر التأخير ما دَامَا في المجْلِس، لأن الشافعي قال: ولا أعلم خلافاً أنَّهَا إن طَلَّقت نفسها قبل أن يتفرَّقا من المجْلِس أو يحدث قطعا لذلك أن الطَّلاق يقع عليها، وأبو إسْحَاق والأكثرون حَمَلوا اللَّفْظ على مَجْلِس التواجب، كما سبق نظيره في «الخُلْع» وعن اختيار ابن المُنْذِر أنَّه لا يلزم الفَوْر، ولا يختص بالمجلس، بل لها التطليق متى شاءت.

ولو قال: طَلِّقِي نَفْسَك بألْف، أو على ألْف إن شئت، وطَلَّقَت، وَقَع بائناً، وعليها الألف، وهذا تمليك بالعِوَض، كالبيع وإذا لم يجر ذكْر العِوَض، فهو كالهبة، وعند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ يعتبر تطليقُها ما داما في المجْلس إلا أن يخوض في أمر آخر من كلام وغيره، وقال: ولو كانت عنده قاعدةً، فقَامَتْ، كانت معرضة عن الطَّلاَق، وإن كانتْ قائمةً فقعدت، لم يكُنْ ذلك إعراضاً قال: وكذلك الحُكْم عنده في قَبُول البيع، والهِبَة، والنِّكاح، وعن القَفَّال أنَّه لو قال لزوجته: طَلِّقِي نَفْسَك، فقالت: كيف يكُونُ تطليقي لنفسي، ثمَّ قالت: طَلَّقْتُ، وقَع الطلاق، ولم يكن هذا القدْر، [قاطعاً][1] وهذا مبني على أن تَخَلُّل الكلام اليسير لا يضُرّ، وإن قلْنا: تفويض الطلاق إليها تَوْكيل[2]، ففي اشتراط قَبُولها الخِلاف المذكور في اعتبار القبول في الوكالات ويجيْء الوجْه الفارق بيْن لفظ الأمْر بأن يقول طلِّقِي نَفْسَك، وبيْن صيغة العَقْد؛ بأن يقول وكَلْتُكِ بطلاق نفسك، وهَلْ يَجُوز تأخير التطليق على هذا القول: فيه وجهان:

أصحهما: نعم، ولها أن تُطلِّق نفسها متى شاءت، كما في توكيل الأجنبيِّ، احْتُجَّ لذلك بأن النبي ـ ﷺ ـ قال لعائشة ـ رضي الله عنها ـ لمَّا أراد تخيير نسائه «إِنِّي ذَاكِرٌ لَكِ أَمْراً فَلاَ تُبَادِرِينِي الجَوَابَ حَتَّىٰ تَسْتَأْمِرِي أَبَوَيْكِ»[3].

والثاني: عن القاضي الحُسَيْن أنه لا يجوز التأخير، وإن جعلْناه توكيلاً: لأنه يتضمَّن تمليكها نفسها بلفْظ مأتيٍّ به، وذلك يقتضي جواباً عاجلاً؛ ألا تَرَىٰ أنه إذا قال أنْتِ طالقٌ إن شئْتِ، يعتبر الفور في المشيئة، وطَرَد القاضي ما ذَكَره فيما إذا صَرَّح بالتوكيل، فقال: وَكَّلْتُكِ؛ لتطلقي نفْسَك، وقال: إنَّه يشوبه شعبة مِنَ التَّمليك، وإن صرَّح بالتوكيل، قال الإمام: وقد رَمَز المحققون إلى هَذا حيث قالوا: إنْ جعلْنا

---

(١) سقط في ز. (٢) ونسب هذا إلى القديم.

(٣) هو طرف من الذي قبله، قال الحافظ في التلخيص: ولم أرَ في شيء من طرقه قوله: فلا تبادريني بالجواب، نعم جاء بمعناه.

التفويض تَوْكيلاً، فذاك، وإن جعلناه تمليكاً، فهل يتمكن الزوج من توكيلها، أم كل تفويض تمليكٌ؟ فيه خلاف.

والثاني: وهو الَّذِي أورده صاحبُ «التهذيب».

ولو قال: طَلِّقِي نَفْسَك مَتَىٰ شِئْتِ، فلا يشترط التطليق على الفَوْر، ويجُوزُ للزَّوْج الرجوع قبْل أن تُطَلِّق نفسَها، سواءٌ جعلْناه توكيلاً أم تمليكاً، أما إذا كَانَ تَوْكيلاً؛ فلأنه عقْد جائز في وضْعه، وأمَّا إذا كان تَمْليكاً، فلأن التَّمْليكات يجُوز الرُّجُوع عنها قَبْل القبول، وساعدنا أحمد ـ رحمه الله ـ، وعنْ أبي حنيفة ومالك ـ رحمهما الله ـ أنَّه لَيْس له الرجوع، وبه قال ابن خيران وإن قلنا: إنَّه تمليك، ووجِّه بأنه إذا قال لها: طَلِّقِي نَفْسَك، فكأنَّه قال إذا تلفَّظْت بتطليق نفسك، فأنْتِ طالقٌ، ويقال بأن الشيخ أبا محمَّد كان يعبِّر عن هذا المَعْنَىٰ بأنَّه تمليكٌ متضمِّن التعليق ويجُوز أن يُعلَّم؛ لِمَا نقلْنا قولَه «جاز» بالحاء والميم؛ وقولَه «لا يجوز» بالألف.

ولو قال لامرأته إذا جَاءَ رَأسُ الشَّهْر، فطَلِّقِي نفْسَكِ، ففي صِحَّته، قولان بناءً على أن التَّفْويض تمليك أو توكيل، إن قلْنا تمليكٌ، فهو لَغْو، وليس لها تطْليق نفْسِها، إذا جاء رأس الشَّهْر كما إذا قال: مَلَّكْتك هذا العَبْد، إذا جاء رأس الشهر، وإن قلْنا إنَّه توكيلٌ، فيجوز كَمَا لو وكَّل أجنبيًّا بتطليق زوجته بعْد شَهْر، وَعَلَىٰ هذا، فلو قال: إذا جاء رأس الشهر، فطَلِّقِي نفْسَك، أن ضمنت لي ألفا، أو قال: طلِّقي نفْسَك، إن ضمنت لي ألفاً بعْد شهر، فإذا طلقت نفسها على ألْف بعْد مضيِّ شهر، يقع، ويلزمها الألْف، وذكر إسماعيل البوشنجي أنَّه إذا قال لأجنبي إذا جاء رأس الشهر، فأمْر امرأتي بيدك، فإن كان قَصْده بذلك إطلاقَ الطَّلاق له بعْد مجيْء رأس الشَّهْر، فله التطْليقُ بعْده أيَّ وقْت شاء إلا أن يطْرَأ حَجْر، وإن أراد تقييد الأمْر برأس الشهر، فيتقيد الطَّلاق به، ولَيْس له أنْ يُطَلِّقها بعْد ذلك، ولو قال: إذا مَضَىٰ هذا الشَّهْر، فأمرها بيَدِك، فمقتضاه إطْلاَق الإِذْن بعْد مضيِّ الشَّهْر، فيطلقها متى شاء، ولو قال: أمرها بيدك إلى شَهْر أو شهراً، فله أن يُطلِّقَها إلَىٰ شَهْر، وليس له الطلاق وراءه وهذه الأحكام في حَقِّ الزوجة كَهِيَ في حقِّ الأجنبي، إذا جعلْنا التفويض إليها توكيلاً.

ولو قال لها: طَلِّقِي نفْسَكِ، فقالت: طلَّقْتُ نَفْسي أو أنا طالق، إذا قَدِم زيْدٌ لم يَقَعِ الطَّلاَق عليها، إذا قَدِم؛ لأنه لا يُمَلِّكها التعليق، وكذا الحُكْم في حقِّ الأجنبيِّ وفيها وجه آخر حكاه الحناطي.

ولو قال لها: علقي طلاقك بكذا، ففعَلَتْ أو قاله الأجنبي، ففعل، لم يَصِحَّ، لأنَّ تعليق الطلاق يجري مَجْرى الأيمان، فلا يدخله التَّفْويض والنِّيَابَة، هذا هو الأظْهَر، وهو الجواب في «التهذيب» وعن أبي عاصم العَبَّادي وجْهان آخران:

أحدهما: أنه يجوز تفويض التعليق، كتفويض التنجيز.

والثاني: أنَّهُ يُنْظَر في الصِّفَة التي أمر بالتعليق بها، إن كانَتْ توجد لا مَحَالَة؛ كطلوع الشَّمْس، ومجيْء رأس الشهر، فيَجُوز؛ لأنَّ مثْل هذا التَّعْلِيق لَيْس بيمين، وإن كان قَدْ يوجد، وقد لا يُوجَد كدخول الدار، فهو يمين، وتفويض الإعتاق إلى العبْد كتفويض الطلاق إلى المرأة في الأحكام المذكورة.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (فُرُوعٌ: أَحَدُهَا): **لَوْ قَالَ: أَبِينِي نَفْسَكِ فَقَالَتْ: أَبَنْتُ وَنَوَيَا وَقَعَ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ أَحَدُهُمَا لَمْ يَقَعْ (ح)، وَلَوْ قَالَ: طَلِّقِي نَفْسكِ فَقَالَتْ: أَبَنْتُ وَنَوَتْ وَقَعَ، وَقِيلَ: لاَ يَقَعُ لِمُخَالَفَةِ الكِنَايَةِ الصَّرِيحَ، وَقِيلَ: ذَلِكَ يَجْرِي فِي تَوْكِيلِ الأَجْنَبِيِّ أَيضاً، وَلَوْ قَالَ: اخْتَارِي فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا طُلِّقَتْ رَجْعِيَّةً، وَإِنِ اخْتَارَتْ زَوْجَهَا لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ، وَالقَوْلُ فِي نِيَّةِ الكِتَابَةِ قَوْلُ النَّاوِي.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: كما يجوز التفويض بصريح الطَّلاق، ويُعْتَبَر من الزَّوْجة المفوض إليها باللفظ الصريح، كذلك يجوز التَّفْوِيض بالكنايات مع النية، وَيُعْتَبَر منْها بالكناية مع النية، ولا يُشْتَرَطِ توَافُقُ اللَّفْظ من الجانبين، إلاَّ أن يقَيد التفويض، فإذا قال: أبيني نفسك أو بتي فقالت: أبَنتُ: أو بتت، وَنَويا، وقَع الطلاق، وإن لم يَنْوِيَا أو لم يَنْوِ أحدهما لم يَقَعْ، أما إذا لم يَنْوِ، فلأنه لم يفوِّض الطلاق، وأما إذا لم تنوِ؛ فلأنها ما امتثلت، وعن أبي حنيفة: أنَّه يكفي نية الزَّوْج، ولا حاجة إلى نيتها، ولو قال لها: طَلِّقِي نَفْسَكِ، فقالت: أَبَنْتُ نفسي، أو أنا خليَّةٌ أو بريةٌ، وقع الطلاق، كما لو قال بع بلفظ التمليك يصِحُّ.

وعن ابن خيران؛ أنَّه لا يقع لاخْتِلاف اللفظَيْن، ورُوِيَ عن أبي عبيد بن حرْبوَيْه مثْله، وممَّن رواه ابن القَطَّان عن أبي محمَّد الفارسي عن ابن حرْبَوَيْه، وإذا قال طلِّقِي نَفْسَكِ، فقالَت للزوج: طلَّقتُكَ، ونوَتْ تطليق نفْسِها، فهُو من صور هذا الخلاف، ويجري الخلاف في عكْسه، وهُو أن يفوِّض ببعض الكنايات، فيقول: أبيني نفْسَك أو فَوَّضتُ إلَيْك أمْرَك أو ملكتك نفسَكِ، أو أمْرُكِ بيدك، وينوي، فتقول: طلَّقْتُ نفسي، وعن القاضي الحُسَيْن وغيره، أنَّ الخلاف يجري فيما إذا قال لأجنبيٍّ: طلِّق زوجتي، أبنتها، ونوى، أو قال: أبِنْ زوْجَتي، ونَوى، فقال الوكيل: طلَّقْتُهَا، ولو قال لزوجته: أبيني نفْسَكِ، ونوى، فقالَتْ: أنا خليَّةٌ ونَوت، فاختلاف الصيغتين، هلْ يمنع وقُوع الطَّلاق تفريعاً علَىٰ وجه الرجوع، وحَكَىٰ الإمامُ فيه تردُّداً، قال: والأَوْجَهُ أنَّه لا يَمْنَع؛ لأن الاعتماد ها هنا على النية، واللفظ غيْر مستقلٍ من الجانبين بخلاف اختلاف الصَّريح، والكناية ولو قال: طلِّقي نفسك بصريح الطلاق أو بكناية الطَّلاق، فعَدَلت عن المأذون إلى غيْره، لم تُطَلَّق بلا خلاف.

ولو قال: طَلِّقِي نفسَك، فقالت سَرَّحْت نفسي، وقع الطلاق بلا خلاف؛ لاشتراكهما في الصرائح.

ويجوز أن يُعلَّم قولُهُ في الكتاب، «ولَوْ قَالَ: طلِّقِي نَفْسَكِ فقَالَتْ: أَبَنْتُ، ونَوَتْ وَقَع» بالحاء؛ لأن الحكاية عَنْ أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ إذا فوَّض بالصريح لم يقع الطلاق منها بالكناية، بخلاف ما إذا فوَّض بالكناية، فطُلِّقت بالصريح، وَوُجِّه ذلك أن الكنايات عنده بوائن، فالعدول من الصريح إلى الكناية مخالفةٌ فيما يضره؛ لامتناع المراجعة، والرجوع من الكناية إلى الصريح مخالفةٌ فيما ينْفَعه.

ولو قال لزوجته اخْتَاري نفْسَك، ونوى تفويض الطلاق، فقالَتْ: اخْتَرْتُ نفسي أو اخترت ونوت وقعت طلقة، ولو قال اختاري ولم يقل نفسك ونوى تفويض الطلاق فقالت اخترت ففي «التهذيب» أنه لا يقع حتى تقول: اخترت نفسِي، وأَشْعَرَ كلامه بأنه لا يقع وإن نوت، وكان السَّبب فيه أن ليس في كلامه؛ ولا في كلام الزوج ما يُشْعِر بالفراق، بخلاف ما إذا قال: اخْتَارِي نفْسَك، فإن له إشعاراً بالفراق، فانْصَرَف كلامها إلَيْه.

وقال إسماعيل البوشنجي ـ رحمه الله ـ: إذا قالت: اخترت، ثم قالَتْ بَعْد ذلك: أردت اخْتَرْتُ نَفْسِي، وكذَّبها الزوج، يُقْبَل قولُها، ويُقْتَضىٰ بوقوع الطَّلاق خلافاً لأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ ولَوْ أنها قالت في الجواب: اخترتُ نَفْسِي، ونَوَتْ، وقَعَت طلقة، كما لو أتيا كناية أخرى، وتكون رجعيَّةً إن كانتْ محَلّ الرجعة.

وقال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ تكُون بائنةً؛ بنَاءً على أن الكنايات بوائن، ولْيعلَّم قولُه في الكتاب «طُلِّقَتْ رجعيَّة» بالحاء لذلك ويجوز أن يُعلَّم بالميم أيضاً، لأن عند مالك يقع ثلاَثُ طلقات، إن كانَت المرأة مدْخولاً بها، وإن لم يكن مدخولاً بها، يقَع ما نوت من واحِدَة إلى ثَلاَث، ولو قالَتِ: اخترت زَوْجي، أو اخترت النِّكَاح، لم يقَعْ شيْء، وإن قالَت: اخترت الأزواج، وقَعَتْ طلقة، لأنَّها لا تَصْلُح للأزواج إلا بمفارقته، وعن أبي إسحاق أنَّه لا يقَع شيْء؛ لأن الزوج من الأزواج؛ فصار كما إذا قالَت: اخترْتُك، وإن قالت: اخترت أبَوَيَّ، فوجهان منقولان في «التهذيب»:

أحدهما: أنه لا يقع الطلاق؛ لأن اختيار الأبوَيْن لا يقتضي فراق الزواج.

وأظهرهما، وبه أجَابَ البوشنجي ـ رحمه الله ـ الوقوع لإشعاره باللحوق بهما، والرجوع إلَيْهما، وصار كَمَا إذا قال الزوج: اْلحَقِي بأَهْلك، ونوى، وقالَت اخترتُ أخي أو عَمِّي، فعلى هذا القياس، قال البوشنجي، ولَوْ كانَ قَدْ قال: اختاري نَفْسَك، فاختارت واحد من هؤلاء، ففِيهِ احتمالٌ، والأظهر أنَّه يقَع الطلاق أيضاً وقربه ممَّا إذا قال طَلِّقِي نفْسَكِ فقالتْ: طلقتك، ونَوَت يقع الطلاق، وإذا جَرَىٰ التفويضُ بكناية من الكنايات، والتطليق فيها كذلك أو جرى أحدهما بالكناية، فتنازعا في النية، فالقول قول

النَّاوي، نفى أو أثبت، لأنَّه أعْرَفُ بما في ضميره، ولا يُمْكن إقامة البينة عليْه، وعن الإصطخري - رحمه الله -: أنها إذا قالت: نَوَيْتُ، وقال الزوج: ما نَوَيْت، فالقول قَوْل الزوج، لأنَّ الأصْل بقاء النِّكَاح، والظاهر الأول، ولو اختلفا في أصْل التخيير، وأنْكَره الزَّوْج، [أو قال: خيرتك فلم تختاري في وقت الاختيار] فالقول قَوْله؛ لأن الأصْل عدَمُ المدَّعي، وبقاء النكاح، وإقامة البينة على المدَّعي مُمْكِنة.

ذكر القاضي ابن كج أنه لو جَعَل أمرها إلى وكيل، فقال لها الوكيل: أمْرُكِ بيدك، وقال نَوَيْتُ الطَّلاق، وصدَّقته المرأة وكذَّبه الزوج، فالقَوْل قوْل الوكيل على المَذْهَب؛ لأن الزَّوْج قد ائتمنه، وفيه وجْه أن القوْل قول الزوج؛ لأن الأصْل بقَاءُ النِّكَاح، ولو تَوافَق الزوجان على تَكْذيبه، لم يُقْبَل قوْل الوكيل علَيْها، والقَوْل في اشتراط الفَوْر منْها في التفويض بالكنايات على ما ذَكَرنا في التفويض بالصريح، ووراءها ذكَرْنَا صُوَرٌ تتعلَّق بالتخيير.

ولو قال لزوجته: اختَارِي من ثلاثِ طلقات ما شئْتِ أو طلِّقي نفْسَك من ثلاثِ ما شِئْت، فلها أن تُطلِّق نفْسها واحدةً أو اثنتين، ولا تملك إيقاع الثلاث لأن «مِنْ» للتبعيض.

ولو خير صبية، فاختَارَتْ، لم يقَع الطلاق، ولم يعتبر اختيارها.

وفي «التتمة» أنَّه لو قال لزوجته ثلاث مرات: اختاري، وقال: أردتُ واحدةً، لم يقع إلا واحدة، خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله - وذكر إسماعيل البوشنجي؛ أنه إذا قَال لها: اختاري، فقالت: اخترتُ الأولى، والوسطى؛ فالقياس أنه تقع واحدة، وعن أبي حَنيفة - رحمه الله - أنَّه يقع الثَّلاث.

وأنَّه لو قال: اختاري نفْسَكِ أو طلِّقي نفْسك، فقالت: اخترت أو أطْلَق، فمطلقة، للاستقبال فلا يقع به شيْء في الحال، وإن قال: أردتُ الإنشاء وقع[1].

أنه لو خيَّرها، وهي لا تَشْعر، فاختارت نفسها، اتفاقاً فيخرج على ما لَوْ باع مَالَ أبيه على ظَنِّ أنه حَيٌّ، فإذا هو ميِّت، والطَّلاق أوْلَىٰ بالنفوذ.

وأنَّه إذا قال لغَيْره: أمرُ امرأتي بيد الله، وبيدك، روجع فيه، فإن قال: أردتُ أنه لا يستقلُّ بالطلاق، قُبلَ قوله: ولم يكُنْ له أن يطلِّق، وإن قال: أردتُ أن الأمور كلَّها بيد الله - تعالى؛ والذي أثبته لي جعَلْته في يَدِك، قُبِلَ، واستقل ذلك الرَّجُل، ولو قَالَ: كل أمْر لي علَيْكِ قَدْ جعلته بيدك، فالَّذي عندي أن هذا لَيْس بتفويض، صريح ولَيْس لها أن تُطلِّق نفسها ثلاثاً ما لم يَنْوِ الثلاث، وعن أبي حنيفة - رحمه الله - وأصْحَابه خلافُه،

---

(١) قال النووي: هذا كما قال: ولا يخالف هذا قول النحويين، أن الفعل المضارع إذا تجرد، فالحال أولى به، لأنه ليس صريحاً في الحال، وعارضه أصل بقاء النكاح.

وأنّه لو قَال لها: اختاري اليَوْمَ وغداً وبعد غد، فالمضاف إلى الزَّمان المستقبل ينبغي أن يَكُون على الخِلاَف في أن التفويضَ تمْلِيك أو توكيل، إن جعلْناه تمليكاً، لم يَحْتَمل التراخي فيه، كما في البيع، وإن جعلْناه توكيلاً، فهو كما لو وَكَّل إنْساناً بالبيع في اليوم والغد وبعد الغد، وعلى هَٰذَا، فَلَها الرَّدُّ في بعض الأيام دون بعض.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الثَّانِي): إِذَا قَالَ: طَلِّقِي نَفْسَكِ وَنَوى ثَلاثاً فَقالَتْ طَلَّقْتُ وَلَمْ تَنوِ العَدَدَ لَمْ يَقَعْ إِلاَّ وَاحِدَةٌ، وَقِيلَ: يَقَعُ الثَّلاَثُ وَإِنَّ نِيَّتَهُ تُغْنِي عَنْ نِيَّتِها فِي العَدَدِ وَإِنْ لَمْ تُغْنِ فِي أَصْلِ الطَّلاَقِ، وَهَذَا يَظْهَرُ إِذَا قَالَ: طَلِّقِي نَفْسَكِ ثَلاثاً فَقالَتْ: طَلَّقْتُ وَلاَ يَتَّجِهُ إِذَا لَمْ يَتَلَفَّظْ بِالثَّلاَثِ (الثَّالِثُ): لَوْ قَالَ: طَلِّقِي نَفْسَكِ ثَلاثاً فَقالَتْ: طَلَّقْتُ وَاحِدَةً طُلِّقَتْ وَاحِدَةً، وَلَوْ قَالَ: طَلِّقِي وَاحِدَةً وَطَلَّقَتْ ثَلاثاً وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا قال: طَلِّقِي نفسَكِ، ونوى الثَّلاث، فقالت: طلقتُ نَفْسي، ونوت [الثلاث] وقع الثلاث؛ لأنَّه يحتمل العدد كما سَيأْتِي، فإذا نَوَيَا وقَع، وإن لم تنوِ هي العدد فوجهان:

أصحهما: أنه لا تقع إلاَّ واحدة؛ لأن صرائح الطَّلاق كنايةٌ في العدد، كما أن البَيْنُونَة بالحرية كناية في أصْل الطلاق، ولو قال: أبيني نفْسَكِ، ونوى فقالت: أَبَنْتُ، ولم تنوِ، لم يقع الطلاق، وكذلك لا يَقَع العدد.

والثاني: تقع الثلاث، وتغني نيته في العَدَد عن نيتها، وإن لم تُغْنِ في أصل الطلاق؛ لأن البِنَاء في أصْل العَدَد أقْرب من البناء في أصل الطَّلاق، وكأنه فوَّض إليها أصْل الطلاق، وتولى بنفسه قَصْد العدد، ولو قال: طلِّقِي نفْسَك ثلاثاً، فقالت: طلقتُ نَفْسي، أو طلقتُ، ولم تتلفظ بالعدد، ولا نَوَتْه، فعن القاضي الحُسَيْن؛ أنه يقع الثلاث؛ لأن قوله ها هنا جوابٌ لكلامه فهو كالمعاد في الجواب، وإذا لم يتلفَّظ بالثلاث، ونوى، لمْ يمكن أن يقدر عود المَنْوِيّ في الجواب، لأن التخاطُب يقَع باللَّفْظ لا بالنية، وهذا ما أورده صاحب «التهذيب».

وقال الإِمام ـ رحمه الله ـ: وهذا الجَوَاب بتوجهه ينبي إن جعلْنا التفويض تمليكاً، وإن جعلناه توكيلاً، فتصرف الوكيل بفسخ غيْر مبنيٌّ على التوكيل، ولذلك لم يُشْتَرَطِ اتِّصالُه، وإذا لمْ يكُن مبنيًّا علَيْه، فالوجه أن لا تقع الثلاث، نعم من شَرَط اتصال تصرف الوكيل على ما حكاه وجْهاً عن بعض الأصْحاب اتَّجَه عنده وقوع الثلاث، كما على قول التمليك، قال: ويجوز أن يقلب فيقال إن جعلْناه توكيلاً، لم يبن كلامُها على كلامه، ولم تقع الثلاث، وإن جعلْناه تمليكاً، فيحتمل أن يكون الحُكم كما حكي عن القاضي رحمه ـ الله ـ، ويحتمل أن لا يبني كلامها؛ على كلامه لأنه قام في نَفْسِه، بخلاف

القَبُول الَّذي يترتَّب على الإِيجاب، ولا يستقلُّ بنَفْسه ولهذا لو قال: طَلِّقِي نفسَك واحدةً، فقالت: طلَّقْتُ ثلاثاً تقع واحدة، ولو كان تطليقُها مع تفويضه كالقبول مع الإِيجاب لما وقع الطلاق أصلاً كما لا يصح البيع إذا قال: بِعْتُكَ هذا بألف، فقال[١] اشتريْتُ بألْفَيْن، وهذه الاحتمالات ردُّها، والظاهر ما سَبَق، وهو وقوع الثلاث.

وقوله في الكتاب «وَهَٰذَا يَظْهَرُ إِذَا قَالَ: طَلِّقِي نَفْسَكِ ثَلاَثاً» أي هذا هو الجواب الظاهر منه[٢].

ولو فوض الطلاق إلَيْها بكناية ونوى العَدَد، وطلّقت هي بالكناية، ونوت العدد، وقع ما نوياه، كما لو نويا العدد في الصريح.

ولو نوى أحدهما عدداً، ونوى الآخر عدداً آخر، وقع الأقلُّ: فإنَّه المُتَّفَق علَيْه.

وقال أبو حنيفة: إذا قال لها اختاري، ونوى تفويض الثلاث إليها، لم يكُنْ لها إيقاع الثلاث بل لا توقع إلاَّ واحدة؛ لأن الخيار لا يدْخُل فيه العدد، كخيار العتق.

لنا: أنه كناية عن الطلاق، فأشْبَه سائر الكنايات.

ولو قال: طَلِّقِي نفسك ثلاثاً، فقالت: طلَّقْتُ واحدةً أو اثنتين وقَع ما أوقعته، وبه قال أبو حنيفة، وقال مالك لا يقع شيْء.

لنا: أن الواحدة داخلة في الثَّلاث الَّتي فوَّض إليها إيقاعَها فوقعت بإيقاعها ثم إذا طلَّقَتْ نفسها واحدةً، وراجَعَها الزَّوج في الحال، قال صاحبُ «التهذيب» في فتاويه لها أن تُطَلِّق نفْسها ثانيةً وثالثةً؛ لأنَّه لا فَرْق بين أن تُطلِّق نفسها الثلاثَ دفعةً واحدةً، وبين أن تقول: طلَّقْتُ نفسي واحدة واحدة وواحدة، وإذا كان كذلك لم يقدح تخلل الرجعة بين الطلقتين ولو قال: طَلِّقِي نفْسَك واحدةً فقالتْ: طلَّقْت ثلاثاً أو اثنتين وقعَت الواحدة، وبه قال مالِكٌ؛ خلافاً لأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ.

لنا أن مَنْ يملك إيقاع طلْقَةٍ تقع تلْك الطلقة إذا طلَّق ثلاثاً؛ كالزوج إذا لم ينوِ إلاَّ طلقةً، فقال: أنْتِ طالقٌ ثلاثاً، والحكم في الطرفين في توكيل الأجنبيِّ بالطلاق، كما ذكرنا[٣].

ولو قال: طلِّقِي نفْسَك ثلاثاً إن شئْتِ فطلقت واحدةً أو[٤] قال: طلِّقي نفسك

---

(١) في ب: فقالت.
(٢) في ز: فيه.
(٣) قال النووي: وحكى صاحب «المهذب» وغيره وجهاً في الوكيل: إذا زاد أو نقص، لا يقع شيء لأنه متصرف بالإذن ولم يؤذن في هذا.
(٤) في ز: و.

واحدة إن شئت فطلقت ثلاثاً وقعت واحدة كما لو لم يقل إن شئت ولو قدم ذكر المشيئة على العدد فقال طلقي نفسك إن شئت ثلاثاً فطلقت واحدة أو طلقي نفسك إن شِئْتِ واحدةً، فطلقَتْ ثلاثاً، قال صاحب «التلخيص» وساعده الأصحاب: لا يقع شيْء، والفَرْق أنَّه إذا قدَّم المشيئة، صارَتْ مشيئة ذلك العدد شرطاً في أصْل الطلاق، وكان المَعْنى: طلِّقِي نفسَك إن اخترت أن تُطَلِّقي نفسَكِ طلاقاً، فإذا اختارت غيْر الثلاث، لم يوجَدِ الشَّرط، وإذا أخر المشيئة، كانَت المشيئة راجعةً إلى تفويض ذلك المَعْنَى، كأنه قال: فوَّضْت الثلاث إلَيْك أن تُطلِّقي نفسَك ثلاثاً، فإن شئْتِ فافعَلِي ما فوضت، وذلك لا يَمْنَع نفوذ ذلك المُعيَّن، ولا نفوذ ما يدْخُل فِيهِ، هذا تمام الكلام في الرُّكْن الأول.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الرُّكْنُ الثَّانِي لِلطَّلاَقِ: القَصْدُ): وَإِنَّمَا يُتَوَهَّمُ اُخْتِلاَلُهُ بِخَمْسَةِ أَسْبَابٍ: (الأَوَّلُ): سَبْقُ اللِّسَانِ فَمَنْ سَبَقَ لِسَانُهُ إِلَى الطَّلاَقِ لَمْ يَقَعْ طَلاَقُهُ، وَلَوْ كَانَ اَسْمُ زَوْجَتِهِ طَالِقٌ وَاَسْمُ عَبْدِهِ حُرٌّ فَقَالَ: يَا طَالِقُ وَيَا حُرّ لَمْ يُعْتَقْ وَلَمْ تُطَلَّقْ إِنْ قَصَدَ النِّدَاءَ، فَإِنْ أَطْلَقَ فوَجْهَانِ لِتَرَدُّدِهِ بَيْنَ النِّدَاءِ وَالإِنْشَاءِ، وَإِذَا كَانَ اَسْمُ زَوْجَتِهِ طَارِقَ فَقَال: يَا طَالِقُ ثُمَّ قَالَ: اَلْتَفَتَ لِسَانِي قُبِلَ ذَلِكَ ظَاهِراً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: القَصْد إلى الطَّلاق لا بُدَّ منه، وإلاَّ فهُو غَيْرُ مُزِيل ملك النكاح، فوَجَب ألاَّ يَزُول، والمراد به أن يكون قاصِداً لحروف الطَّلاق؛ بمعنى الطلاق، ولا يكفي القَصْد إلى حروف الطلاق من غير قَصْد مْعناه.

وقوله «وإنما يُتَوَهَّم اختلاله بخمسة أسباب» المراد منه أن غاية ما يُتَوَهَّم الاختلال به هذه الأسباب؛ لأن الاخْتلاَل بكلِّ واحد منْها متوهَّم؛ فإنَّ منها ما هو متحقِّق يمْنَع وقوع الطَّلاق، ومنها ما يُتوهَّم الاختلال به، ليس كذلك كطلاق الهازل.

أحد الأسباب ألا يكُونَ قاصداً إلى اللَّفْظ أصلاً كالنائم تجري كلمة الطلاق على لسانِه، واحْتُجَّ له بما رُوِيَ أنَّه ـ ﷺ ـ قال: «رُفِعَ القَلَمُ عَنْ ثَلاَثٍ عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَبْلُغَ وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ المَجْنُونِ حَتَّى يُفِيقَ»[1].

ولو استيقظ النائم، وقَدْ جَرَى لفْظ الطلاق على لسانه، فقال: أجزت ذلك الطلاق، أو أوقعته، فهو لَغْوٌ[2]. وعن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أنَّه لو قال: أجزته، لم يجز، ولو قال أوقعته، وقَعَ.

ومَن سَبَق لسانه إلى كلمة الطلاق في محاورته، وكان يريد أن يتكلم بكلمة أخْرَى، لم يَقَع طلاقاً، ولكن لا تُقْبَل دعوى سَبْق اللسان منه في الظاهر إلاَّ إذا وُجِدَتْ

---

(١) في أ: بقصده.

(٢) تقدم.

قرينة تدُلُّ عليه، فإذا قال طلّقتك ثم قال: سبَقَ لساني إلَيْه، وكنت أريد أن أقول طَلَبْتُكِ فعن نصِّ الشافعي - رحمه الله - أنَّه لا يسع امرأته أن تَقْبَل منه ذلك، وحَكَى القاضي الرُّويانيُّ عن «صاحب الحاوي»، وغيره أنَّ هذا فيما إذا كانَ الزَّوْج متهماً فيه، أمَّا إذا علِمتْ صدْقَه، أو غَلَب على ظنها بأمارة، فلَهَا أن تقبل قوْلَه: ولا تخاصِمَه، وأن من سَمِعَ منه ذلك، إذا عَرَف الحال، يَجُوز له، أن يَقْبَل، ولا يَشْهَد علَيْه، قال: هذا هو الاختيار، وإن كانَتْ زوجته تسمى طالقاً، وعبده يسمى حرًّا، فقال: يا طالق أو يا حُرُّ، وقصد النداء بالاسم، لم يقَع الطلاق، ولم يحْصُل العتق، وإن قَصَد الطلاق والعتق، حصلا، وإن أطْلَق ولم يَنْوِ شيئاً فعلى أيِّ المحملين يُحْمَل، فيه وجْهان.

أشبهما: الحمل على النِّداء، حتَّى لا يقع الطلاق إلا إذا نَوَىٰ، وهذا هو المذْكُور في «التهذيب» وذكر الإمام أن مأْخَذ الوجهين يقرب من مأخذ القوْلَين فيما إذا قال: أَنْتِ طالِقٌ، أنْتِ طالِقٌ، ولم ينو تكراراً ولا تأكيداً أنَّه عَلاَمَ يُحْمل؟ والأظهر هناك أنَّه تقع طلقتان، وإذا كان اسم امرأته ما يقارب حروفُه حروف طالِق، كالطالع، والطالب، والطارق، فقال: يا طالِقٌ، ثم قال: أردت أن أقول: يا طارِقُ أو يا طالع، فالتفَّ الحرف بلساني، قُبِل قوله في الظاهر؛ لقوة القرينة وظهورها، بخلاف ما إذا قَالَ لامرأته: أنتِ طالِقٌ، وهو يحل وثاقاً عنها وقال: أردتُّ الإطلاق عن الوَثَاق حيْث ذَكَرنا خلافاً في قَبُوله ظاهراً، قال في «البسيط»، لأن التلفُّظ بكلمة الطَّلاق كالمستنكر في حالة النِّكَاح، ما إذا نطق بها بعْد قَبُول التأويل.

والمبرسم والمُغْمَىٰ عليه كالنائم والحاكي لطلاق الغَيْر لا يقع طلاقه، وذلك مثْل أن يقول: قال فلان: زوْجَتي طالِقٌ، وكذا الفقيه إذا كان تكرُّر لفظ الطلاق في تصويره وتدريسه وتكراره.

ومن صُوَر سبْق اللسان ما إذا طَهُرَت امرأته من الحَيْض أو ظنَّ طهارتها، فأراد أن يقول: أنْت الآن طاهرةٌ، فسبق لسانه؛ أنت الآن طالقة.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الثَّانِي): الهَزْلُ وَلاَ يُؤَثِّرُ ذَلِكَ فِي مَنْعِ الطَّلاَقِ وَالعِتَاقِ، وَفِي سَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ تَرَدُّدٌ، وَالمَشْهُورُ أَنَّ النِّكَاحَ لاَ يَنْعَقِدُ مَعَ الهَزْلِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الهازل[1] بالطلاق يَقَع طلاقه، ورُوِيَ أنَّه - ﷺ - قال: ثَلاَثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ، وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ، الطَّلاَقُ، والعِتَاقُ، والنِّكَاحُ[2]، ويُرْوَىٰ بدَل العتاق الرجعة.

(١) الهازل هو من يقصد اللفظ دون معناه.

(٢) أخرجه الطبراني من حديث فضالة بن عبيد بلفظ: ثلاث لا يجوز اللعب فيهن: الطلاق، والنكاح، والعتق. وفيه ابن لهيعة، ورواه الحارث بن أبي أسامة في مسنده عن بشر بن عمر، عن=

وصورة الهَزْل: أن يلاعبها بالطَّلاق مثل أن تقول في معْرض الدلال والاستهزاء: طَلِّقني ثلاثاً فقال: طلقتك ثلاثاً، فيقع الطلاق، لأنَّه خاطبها بالطَّلاق عن قَصْد واختيار، وليس فيه إلا أنَّه غير راضٍ بحكم الطلاق ظانًّا أنه إذا كان مستهزئاً غير راضٍ بوقوع الطلاق لا يقع الطلاق، وهذا الظن خطأ ألا تَرَىٰ أنَّه لو طلَّق بشرط الخيار لنَفْسه يقع الطلاق ويلغو الشرط، وإن لم يَرْضَ بالوقوع في الحَال، وكما يقع طلاق الهَازل في الظَّاهر، يقع في الباطن أيضاً، بخلاف ما إذا قال: أنتِ: طالقٌ، ثم قال: أردتُ عن وثاق، حيث يدين، لأن هناك صَرْف اللفظ عن ظاهره إلى تأويل يدعيه والهازل، لا يصرف اللفظ إلى معنى آخر، وهل ينعقد بالبيع، وسائر التصرُّفات مع الهزل فيه وجْهَان عن الشيخ أبي محمَّد ـ رحمه الله ـ وغيره وجْه الانعقاد: حُصُول الأهلية والمحلية، والصيغة، الصادرة عن قصْد واختيار، ووجه الآخر: أن ظاهر الحَدِيث يَقْتَضي اختصاص الْتحَاق الهازل بالجِدِّ بالتصرفات الثلاثة، وقد مرَّ ذكر الوجهَيْن في «كتاب البيع» وقربناهما من الخلاف فيما إذا بَاع مَال أبيه على ظَنِّ أنه حيٌّ، فإذا هو ميت، ويُشْبه أن يكون الانعقاد أظْهر، والخلاف جار في النكاح؛ لأنَّه كالبيع وسائر التصرُّفات في أنَّه لا يكمل مبعضه ولا يؤيد موقّته، لكن الحرّ يقتضي التحاقه بالطَّلاق، والعتاق، ولفظ صاحب الكتاب ها هنا، وفي «الوسيط» له إشعار بترجيح عدَم الانعقاد، وقد يؤيد ذلك بما يختَصُّ به النِّكاح من وجوه الاحتياط.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الثَّالِثُ: الجَهْلُ): فَإِذَا خَاطَبَ امْرَأَةً بِالطَّلاَقِ عَلَى ظَنِّ أَنَّهَا زَوْجَةُ الغَيْرِ فَإِذَا هِيَ زَوْجَتُهُ فَالمَشْهُورُ أَنَّهُ يَقَعُ وَيَنْقَدِحُ أَنْ لاَ يَقَعَ، وَالأَعْجَمِيُّ إِذَا لُقِّنَ لَفظَ الطَّلاَقِ وَهُوَ لاَ يَفْهَمُهُ لَمْ يَقَعْ، وَإِذَا بَاعَ مَالاً عَلَى ظَنِّ أَنَّهُ لأَبِيهِ فَإِذَا هُوَ مَيِّتٌ فَفِي صِحَّتِهِ خِلاَفٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا خاطب امرأةً: بالطَّلاق على ظَنِّ أنها زوجة الغَيْر، وكانت في

= ابن لهيعة عن عبيد الله بن أبي جعفر، عن عبادة بن الصامت رفعه: لا يجوز اللعب في ثلاث: الطلاق، والنكاح، والعتاق، فمن قالهن فقد وجبن، وهذا منقطع، وفي الباب عن أبي ذر رفعه: من طلق وهو لاعب فطلاقه جائز، ومن أعتق وهو لاعب فعتاقه جائز، ومن نكح وهو لاعب فنكاحه جائز، أخرجه عبد الرزاق عن إبراهيم بن محمد، عن صفوان بن سليم عنه، وهو منقطع، وأخرج عن علي وعمر نحوه موقوفاً، وفي هذا رد على ابن العربي، وعلى النووي حيث أنكرا على الغزالي إيراد هذا اللفظ، ثم قال النووي: المعروف اللفظ الأول بالرجعة، بدل الطلاق، وقال أبو بكر بن العربي: لا يصح قوله: ويروى: بدل العتاق: الرجعة. قلت: هذا هو المشهور فيه، وكذا رواه أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه والحاكم والدارقطني، من حديث عطاء عن يوسف بن ماهك عن أبي هريرة باللفظ المذكور أولاً، وفيه بدل: العتاق، الرجعة، قال الترمذي: حسن، وقال الحاكم: صحيح، وأقره صاحب الإلمام وهو من رواية عبد الرحمن بن حبيب بن أردك وهو مختلف فيه، قال النسائي: منكر الحديث، ووثقه غيره، فهو على هذا حسن.

ظلمة أو حِجَاب وكانت زَوْجَتَهُ، يقعَ الطلاق على النَّقْل المشهور، وللإمام وصاحب الكتاب ـ رحمهما الله ـ فيه احتمالٌ، لأنه إذا لم يَعْرف الزوجة، لا يكون قاصداً لقطعها، فإذا لم يقْصِد الطلاق، وجب ألاَّ يَقَعَ، قال في «البسيط» وكان بعض المذكورين بالوعظ في زمانِنا يلتمسُ من أهْل المجْلِس مكرُمَةً مالية، فلم تنجع طَلِبَتُه، وطال انتظاره فقال: متضجراً قد طلَّقْتُكم ثلاثاً، وكانت زوجته منهم، وهو لا يدري، فأفتى الإمام ـ رحمه الله ـ بوقوع الطلاق، قال: وفي القلْب منْه شيْءٌ، ولك أن تقول: ينبغي ألاَّ يقع الطلاق، فيما إذا خاطب زوجَتَه بالطلاق، وهو لا يَدْرِي أنَّها زوجته؛ لأن قوله: طلَّقْتكم جميعاً لفْظ عام، واللفظ العام يَقْبَل الاستثناء باللفظ والنية؛ ألاَ تَرَىٰ أنه لو حَلَف ألا يُسلِّم على زَيْد[1]، فسلَّم على قوْم منهم زيد واستثناه بقَلْبِه أو بلفظه، لم يَحْنَث على ما سيأتي في الأيمان إن قدَّر الله ـ تعالى جَدُّه.

---

(١) فسلم على قوم هو فيهم واستثناه بقلبه، لم يحنث. وإذا لم يعلم أن زوجته في القوم كان مقصوده غيرها، قال من زيادته: هو الذي قاله إمام الحرمين والرافعي كلاهما عجب منهما، أما العجب من الرافعي فلأن هذه المسألة ليست كمسألة السلام على زيد لأنه هناك علم به واستثناه وهنا لم يعلم بها ولم يستثنها واللفظ يقتضي الجميع إلا ما أخرجه ولم يخرجها.
أما العجب من الإمام فلأنه يقدم في أول الركن أنه يشترط قصد لفظ الطلاق لمعنى الطلاق، ولا يكفي قصد لفظه من غير قصد معناه، ومعلوم أن هذا الواعظ لم يقصد معنى الطلاق وأيضاً فقد علم أن مذهب أصحابنا أو جمهورهم أن النساء لا يدخلن في خطاب الرجال إلا بدليل، وقوله طلقتكم: خطاب رجال لا تدخل امرأته فيه بغير دليل فينبغي أن لا تطلق لما ذكرته لا لما ذكره الرافعي، هذا ما تقتضيه الأدلة.
قال الشيخ البلقيني: عجب من النووي أيضاً في هذا التخريج فلا خلاف في أن النساء لا يدخلن في خطاب الرجال محله إذا لم يكن هناك ما يقتضي بوجه الخطاب المجموع الحاضر، فأما إن كان هناك ما يقتضي توجه الخطاب للحاضرين توجه للكل وإن كان فيهم الإناث ولم يصر أحد من المفسرين إلى إخراج حواء من خطاب اهبطوا، وقال الآمدي في الأحكام مقرر المذهب التناول، ولذلك لا يحسن أن يقول لجماعة فيهم رجال ونساء قوموا وقمن، بل لو قال قوموا، كان ذلك كافياً للأمر للنساء بالقيام، ولولا دخولهن في جمع المذكر لما كان كذلك، وحين ذكر جواب الخصوم، لم يجب عن هذا فكان مثل هذه الأمور متفقاً على الدخول فيها ولا ريب أن من قال لجماعة فيهم نساء هؤلاء قالوا كذا أن الكلام متناول للكل، وإن قلنا إن خطاب المذكر لا يتناول المؤنث حقيقة، ولكن قرينة الحضور الإشارة بها، ولا اقتضت التوجه للكل وهذا في كاف الخطاب أظهر من قاموا وفعلوا، وحينئذٍ فلا يصح هذا التخريج، ولا شك أن من قال أمرت الحاضرين بكذا أن الأمر يتوجه لمن حضر، وإن كان فيهم الإناث، ومعنى طلقتكم طلقت الحاضرين أو من حضرتم، ذكر بعد ذلك تحريرين آخرين وحاصلهما عدم وقوع الطلاق لما قرره لا لما قرره النووي وأخذ الزركشي كلام شيخه البلقيني وقدم شيئاً وأخر شيئاً والكل كلام الشيخ ولا يخلو من تحامل.

وإذا كان عنْده أن امرأته لَيْسَت في القَوْم، كان مقصوده من اللفظ غيْرَها، فيكون مُطَلِّقاً لغيرها لا لها، كما أنه إذا استثنى زَيْداً بقلبه، وكان المقصود غيْرَه كان مسلماً على غَيْر زيْد.

ومن نظير هذه الصورة ما إذا نَسِيَ أنَّ له زوجةً، وطلَّقها، وكذلك لو قبل له أبوه في صِغَره أو وكيله في كبره نكاحَ امرأة، وهو لا يَدْرِي فقال: زَوْجَتي طالقٌ أو خاطب تلْك المرأة بالطلاق، فالمشهور وقوعُ الطَّلاق، وقد حكاه القاضي ابن كج عن نَصِّ الشافعي ـ رحمه الله ـ وهَـٰذَا في الحُكْم الظاهر، وأمَّا في الباطن فقَدْ أطْلَق أبو العبَّاس الرُّويانيُّ في الوقوع باطناً وجهيْن، قال: ويُحْتَمل أن يُقْطع بالوقوع في صورة النِّسْيان، ويختص الخلاف بما إذا لم يَعْلَمْ أن له زوجةً أصلاً كما يُفرِّق بيْن ما إذا صلَّى مع نجاسة نسيها، وبين ما إذا صلَّى مع نجاسة، لم يعْلَمْ بها أصلاً، وفي «التتمة» أنَّه يُبْنَى ذلك على أن الإِبراء عن الحُقُوق المجهولة، هل يصحُّ؟ إنْ قلْنا لا يصحُّ، لم يقع الطلاق بينه وبين الله ـ تعالى[١].

ومن لُقِّنَ كلمة الطلاق بلُغة لا يعْرِفُها كالعجميِّ يلقن لفظ الطلاق، فأتى بها، وهو لا يَعْرِف معناها، لا يقع طلاقُه، كما لو لُقِّن كلمة الكُفْر، فتكلَّم بها وهو لا يَعْرِف معناها، لا يُحْكَم بكفره، قال أبو سعد المتولِّي: وهذا إذا لم يكُنْ له مع أهْل ذلك اللسان اختلاطٌ، فإن كان لم يُصَدَّق في الحكم، ويَدين فيما بيْنه وبيْن الله ـ تعالى ـ وإذا لم يقَع الطَّلاق، فلو قال العجمي: أردتُ بهذه الكلمة معْناها بالعربية، ففي وقوع الطلاق وجْهان:

أحدهما: ويُحْكَىٰ عن أقْضَىٰ القضاء الماوَرْدِي: أنَّه يقع؛ لأنه قد نَوَى الطلاق.

وأصحُّهما: وبه قال الشيخ أبو حامد؛ لا يقع؛ لأنَّه إذا لم يَعْرِف معنى الطلاق، لا يصحّ قصْده، ولو قال: لم أعْلَمْ أن هذه الكلمة معناها قطْع النكاح، ولكن نَوَيْتُ بها الطلاق، وقصَدتُ قطْع النكاح، لم يَقَع الطلاق، كما لو خاطبها بكلمة لا معنى لها، وقال: أردتُّ الطلاق.

واعْلَم أن مسألة تلقين العجميِّ مقصودةٌ بالذكر في نفْسها، واحتج بها في «الوسيط»، للاحتمال المذكُور في صورة الجهل، واستشهد أيضاً بوجه سبق ذكره في «الغَصْب» فيما إذا قال الغاصب لمالك العَبْد: أعتق عبْدي هذا، فأعتقه المالِكُ جاهلاً بأنَّه عبْده، أنَّه لا يعتق.

---

(١) لم يصرح بترجيح. لكن قضية البناء المذكور عدم الوقوع باطناً.
قال في الخادم: لكن قضية كلام الروياني أن المذهب الوقوع باطناً.

وقوله «وإذا باع مالاً على ظَنّ أنّه لأبيه فإذا هو ميِّت، ففي صِحَّته خلافٌ» فهذه الصورة مذكورةٌ في البيع[١] وإنما أعادَهَا، هنا، لمشابهتها صورة الجهل في الطَّلاق، فالبائع في تلْك الصُّورة جاهلٌ بحال المَبِيع كالمطلِّق فيما نحْن فيه، وإذا كان الأظْهَر في البيع الصِّحَة على ما سبَق ذكْره، فالطلاق، أوْلَىٰ بالوقوع.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الرَّابعُ): الإِكْرَاهُ وَذَلِكَ يَمْنَعُ صِحَّةَ سَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ إلاَّ إِسْلاَمَ الحَرْبِيِّ وَالمُرْتَدِّ، وَفِي إِسْلاَمِ الذِّمِّيِّ تَرَدُّدُ (ح)، وَلاَ يَقَعُ طَلاَقُ المُكْرَهِ إلاَّ إِذَا ظَهَرَتْ دَلاَلَةُ آخْتِيَارِهِ (ح)، بِأَنْ خَالَفَ المُكْرِهَ بِأَنْ أَكْرَهَهُ عَلَى طَلْقَةٍ وَاحِدَةٍ فَطَلَّقَ ثَلاَثاً، أَوْ عَلَى طَلاَقِ زَوْجَةٍ فَطَلَّقَ زَوْجَتَيْنِ، أَوْ عَلَى زَوْجَتَيْنِ فَطَلَّقَ وَاحِدَةً، أَوْ عَلَى ثَلاَثٍ فَطَلَّقَ وَاحِدَةً، أَوْ عَلَى إِحْدَى زَوْجَتَيْنِ فَطَلَّقَ وَاحِدَةً مُعَيَّنَةً، أَوْ تَرَكَ التَّوْرِيَةَ مَعَ العِلْمِ بِهَا وَالاعْتِرَافِ بِأَنَّهُ لَمْ يُدْهَشْ بِالإِكْرَاهِ، أَوْ قَالَ المُكْرِهُ: قُلْ: طَلَّقْتُهَا فَقَالَ: فَارَقْتُهَا.

قال الرَّافِعِيُّ: التصرُّفَات القوليَّة: المحمول عليْها بالإكراه بِغَيْر حقٍّ باطلةٌ لاغيةٌ، يستوي فيه الرِّدَّة والبيع وسائر المعاملات، والنكاح والطلاق والإعتاق وغيرها، وما يُحْمَل عليه بحقٍّ فهو صحيح[٢].

وقَدْ يعبر عن هذا الغرض بعبارة أُخْرَىٰ، فيقال: ما لا يلْزَمُه في حال الطواعية لا يَصِحُّ منه إذا أتى به مكرهاً، وما يلْزَمُ في حال الطواعية يصحُّ[٣] مع الإكراه عليه، ويخرج من هنا أن إسْلام الحربيِّ المرتد صحيحٌ مع الإكراه؛ لأنهما يكرهان، ويُحْمَلان عليْه، ولو لم يصحَّ، لَمَا كان لإكراههما عليه معْنًى.

قال الإمام: وفيه غموضٌ من جهة المعنى؛ لأن كلمتي الشهادة نازلتان في الإعراب عمَّا في الضمير منزلةَ الإقرار، والظَّاهِر من[٤] حال المحْمُول عليه بالسيف أنَّه كاذبٌ وفي إسلام الذمي مكرهاً وجْهان:

أحدهما: يصحُّ احتياطاً للإسلام.

---

(١) سقط في ز.

(٢) قال في الخادم: يرد على إطلاقه إلغاء تصرفه القولي صور:
منها: الإكراه على الكلام في الصلاة فإنها تبطل على الأظهر.
ومنها: ما لو أكرهه على طلاق زوجة نفسه أو بيع عبده أو عتقه، فإنه ينفذ على الأصح ويمكن أن يقال: لا حاجة للتقسيم في الإكراه بين الحق والباطل، والظاهر جريان كلام الأقدمين على حاله من غير استثناء، ويقال: إن تصرف المكره باطل عملاً بقوله ﷺ: «وما استكرهوا عليه» ولم يقل: «بغير حق».

(٣) في أ: يصح.

(٤) في ز: في.

وأصحُّهما: المَنْع [لأنه] لا يجُوز إكراهه عليْه؛ بل هو مقرر على كُفْرة بالجزية بخلاف الحربيِّ، والمولى بعد مضِيِّ المدة إذا طلق مكرهاً، يقع طلاقه لأنَّه مكره عليْه بِحَقٍّ، هكذا ذكَرُوه.

وزاد في «التتمة» فقال: هذا في الطَّلْقة الواحِدَة، أمَّا إذا أكرهه الإمام على ثَلاَث طلقات، وتلفظ بها، فإن قلْنَا: إنَّه لا ينعزل بالفِسْق، تقع واحدةً، وتلغو الزيادة إن قلنا: يَنْعَزِل، لم يقع شيْء، كما لو أكْرَهَه غيْره، ولَك أن تَقُول: ليْس عَلَىٰ المولى إكْراه يمنع مثله[1] الطلاق حتَّى يقال إنَّه لا يقع الطَّلاق، لأنَّه إكْراه بحقٍّ، وذلك لأنَّه لا يُؤْمر بالطَّلاق على التعيين، وإنَّما يُؤْمر بالفيئة أو الطلاق، ومثل هذا الإكْراه لا يَمْنع وقوع الطلاق في حقه غير المولى ألا ترى أنه لو أكرهه على أن يطلق زوجته أو يعتق عبده فأتى بأحدهما ينفذ؟ ولو أكرهه على تطليق إحدى زوجتيه فطلَّق واحدةً معيَّنةً يقع الطَّلاق على ما سيأتي على الأثر، وأيضاً ففيما يَحْصُل به الإكْراه اختلافٌ يبين في الفَصْل التالي لهذا الفصل، فإن قلْنا: إنه لا يَحْصُل إلاَّ [بالقتل] والقَطْع، فليس للقاضي حَمْل المولَىٰ على الطَّلاق بهَٰذا الطريق؛ فلا يكون الحَاصِل إكراهاً، ولو قُدِّرَ أنه فَعَل ذلك، كان ظالماً، فليكن كإكْراه غيْره، ولا يخرج الإكْراه على الرضاع عن كونه محرماً، فإن الحُكْمَ يتعلَّق بوصول اللبن إلى الجَوْف، وفي امتناع القِصَاص بالإكْراه على القتل والحَدِّ بالإكراه على الزِّنَا قولان مذكوران في موضعهما.

وقال أبو حنيفة: ينْعَقِدُ بَيْع المكره، ولا يلزم، ويصحُّ نكاحه، وطلاقه، وإعتاقه.

واحتج الأصحاب للمَذْهَب بما روي أنَّه ـ ﷺ ـ قال: «لا طلاق في إغلاق»[2] وفسَّره علماء الغريب بالإكراه وقال: «رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الخَطَأُ وَالنِّسْيَانُ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ».

وروي أن رجلاً تدلى بحَبْل ليشتار عسلاً، فجاءته امرأته، وقالت: تُطَلِّقنِي ثَلاثاً، وإلاَّ قطعت الحبل، فطلَّقها ثلاثاً، ثم أتى عُمَرُ ـ رضي الله عنه ـ فقال: «ارْجِعْ إِلَى أَهْلِكَ، فَلَيْسَ هَذَا بِطَلاقٍ»[3] وبأنه قوْل لو صدَر منْه بالاختيار، بانَت زوجته، فإذا حمل عليه بإكراه باطل، وجب أن يلغو، كالردة، وبأنه قوْلٌ محمول عليه بغير حق؛ فلا يلزمه حُكْمه، كما لو أُكْرِه على الإقْرار بالطَّلاق، وقد سلم أبو حنيفة أنَّه إذا أقرَّ بالطَّلاق

---

(١) في ب: مسألة وفي ز: محل.

(٢) أخرجه أحمد وأبو داود وابن ماجه وأبو يعلى والحاكم والبيهقي، من طريق صفية بنت شيبة عنها، وصححه الحاكم، وفي إسناده محمد بن عبد بن أبي صالح، وقد ضعفه أبو حاتم الرازي، ورواه البيهقي من طريق ليس هو فيها، لكن لم يذكر عائشة، وزاد أبو داود وغيره: ولا إعتاق.

(٣) أخرجه البيهقي من طريق عبد الملك بن قدامة بن محمد بن إبراهيم بن حاطب الجمحي عن أبيه، وهو منقطع، لأن قدامة لم يدرك عمر.

=

مكرهاً لم يُفرّق بينه وبين زوجته. إذا تقرَّر ذلك ففي الفَصْل مسألتان:

إحداهما: إنما يمنع وقوع الطلاق بالإكراه إذا لم يَظْهَر ما يدُلُّ على اختياره، أما إذا ظَهَر؛ بأن خَالَف المكره وأتى بغير ما حمَلَه عليه فيُحْكَم بوقوع الطلاق؛ لأن مخالفته له تُشْعِر باختياره فيما أتى به ولذلك صور.

منها: أن يكرهه على طلقة واحدة، فطلَّق ثلاثاً، وفيه ما يُشْعر برغبته واتساع صور الطلاق.

ومنها: وأكرهه على ثَلاَثِ طلقات، فطلَّق واحدةً، تقع الواحدة، وللإمام احتمالُ فيه؛ لأنه قد يقصد دفْع مكروهه بإجابته إلى بعْض مطلوبه، ولا يقْصد إيقاع الوَاحِدة.

ومنها: أكرهه على طلاق زوجةٍ، فطلَّق زوجتين، يُنْظَرُ إنْ قال: طلِّق زوجتكَ حفْصَة، فقال لها ولضرتها عمرة: طلَّقْتُكُمَا، طُلِّقَتا؛ لأنَّه عَدَل عن الكلمة المكره عليها، وإن قال: طلَّقْتُ حفصة وعمْرة أو وطَلَّقْت عمرةَ، أو حفصةُ طالقٌ، وعمرة طالقٌ، لم تطلَّقْ حفصة، وطُلِّقَتْ عمرة.

هكذا فَصَلَ صاحب «التهذيب» و «التتمة» وغيرهما، ولم يَفْصل الإمام بين العبارتين، وأطْلَق عن الأصحاب الحُكْمَ بوقوع الطّلاق على الضرتَين، قال: وفيه احتمال ظاهرٌ؛ لأنَّه لا يبعد أن يكون مختاراً في طلاق الثانية.

ومنها: أكْرَهَه على طلاق زوجتين، فطلَّق واحدة، يقع، وأبْدَىٰ فيه مثْل الاحتمال المذكور فيما إذا أكرهه على ثَلاَثِ طلقات، فطَلَّق واحدةً.

ومنها: أكرهه على طَلاَقِ إحدى زوجتيه، فطلَّق واحدةً بعينها، يقَع الطلاق؛ لأنَّه مختارٌ في تعيينها، لأنَّه لَمَّا عدَل عن الإِبهام إلى التعيين، فقد زاد على ما أكرهه عَلَيه لأن الإِكراه على طلاق إحداهما لا على طلاق هذه، وطلاق هذه، وطلاق إحداهما مع زيادة، ألا ترى أنَّه لا ينْعَكِس وفي «التتمة» ذِكْر خلاف في هذه الصورة.

ومنها: أكرهه على أن يطلِّق بكناية من الكنايات فأتى باللَّفْظ الصريح أو بالعكس أو عدل من صريح إلى صريح، بأن قال قُلْ: طَلَّقْتُهَا فقال: فارقْتُها أو سرَّحْتها، يقع الطلاق.

ومنها: إذا أكرهه على تنجيز الطلاق، فعلَّق، أو على التعليق فنجَّز وقع على المأتي به حكمه. والإِكراه على التعليق يمنع انعقاده، كما يمنع نفُوذَ التنجيز.

الثانية: إنْ وَرَّىٰ المكره بأن قال: أردتُ بقولي «طلقت فاطمة» غير زوجتي، أو

= وفي الباب عن ابن عباس، وعلي، وابن عمر، وابن الزبير، وغيرهم؛ قالوا: ليس على مكره طلاق. أخرجه ابن أبي شيبة وغيره.

نوى الطلاق من الوثاق أو قال في نَفْسه: إنْ شاء الله، لم يَقَع الطلاق، وإذا ادَّعَىٰ التورية: صُدِّق ظاهراً في كل ما كان يدين فيه عند الطواعية، وإن تَرَك التورية: نُظِرَ، إن كان غبياً لا يحسن التورية، لا يقع طلاقه أيضاً، وإن كان عالماً بها، وأصابته دهشة بالإكراه، وسل السيف عليه، فكذلك وإن لم تصبه دهشة فوجهان:

أحدهما: وهو المذكور في الكتاب واختيار القَفَّال: أنه يقع طلاقه، لأن الاحتراز عن التورية، والحالةُ هذه، يُشْعِر بالاختيار.

وأصحُّهما: على ما ذكر صاحب «التهذيب» والقاضي الروياني ـ رحمهما الله ـ المنع؛ لأنه مجبر على اللَّفظ، ولا نية له تُشْعِر بالاختيار.

ولو قَصَد المكره إيقاع الطلاق، ففي وجْه؛ لا يقع أيضاً؛ لأن الإكراه أسقط أثر اللفظ، ومجرد النية لا تَعْمَل، والأصحُّ أنه يقَع لقَصْد، وتلفظه، ولا يبعد أن يختار ما هو مُكْرَه علَيْه في الظاهر، وعلى هٰذا، فصريح لفظ الطلاق عند الإكراه كالكنايات عند الطواعية، إن نوى، وقع، وإلاَّ فلا.

وقوله في الكتاب: و[١] ذلك يَمْنَع صحَّة سائر التصرفات» لفظ «السائر» يطلق بمعنى «الجميع»؛ على ما ذكرناه في غيْر هذا المَوْضِع، والأشهر استعماله بمعْنَىٰ الباقي، فإن حُمِلَ ها هنا على الجميع، فذاك، وإن حُمِلَ على الباقي، فالمُرَاد ما سِوَى الطلاق، أي كما يمنع الطلاق، يُمْنَع ما سواه من التصرفات.

وقوله: «أو على طلاق زوجة، فطلَّق زوجتين» ويجوز إعلامه بالواو؛ ولأنَّه أطْلَقَه إطلاقاً على ما حكَيْناه عن الإمام، وفيه التفصيل الَّذي تقدَّم، وإن أقيم ما ذَكَره الإمام من الاحتمالات وجْهاً؛ فيجوز أن يعلم بالواو.

وقوله: «أو على ثلاث فطلَّق واحدة» وقوله: «أو على زوجتين» فطلَّق واحدة، وينبغي أن يعلم[٢] قوله: «أو ترك التورية» بالواو، ويعلم قوة ذلك الوجه فرعان: لو قال: طلق زوجتي وإلاَّ قتلتك، فطلَّق، وقَع الطلاق، لأنه أبلغ في الإذن.

وفيه وجْه: أنَّه لا يقع؛ لأن الإكراه يُسْقِط حُكْم اللفظ، فصار كما لو قال لمجنون: طَلِّقْها، فطلَّق.

الوكيل بالطلاق إذا أكره على الطلاق، قال أبو العباس الرُّوياني: يُحْتَمَل أن يُقَال: يقع: لحصول اختيار المَالِك، ويُحْتَمَل أن لا يَقَع؛ لأنه المباشر، قال: وهذا أصح.

---

(١) سقط في ز.

(٢) في ب: قوله.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَحَدُّ الإِكْرَاهِ أَنْ يَصِيرَ مُضْطَراً إِلَى الفِعْلِ شَاءَ أَمْ أَبَى كَالَّذِي يَفِرُّ مِنَ الأَسَدِ فَيَتَخَطَّى النَّارَ وَالشَّوْكَ وَذَلِكَ لاَ يَحْصُلُ بِالتَّخْوِيفِ بِالحَبْسِ وَالجُوعِ وَأَمْثَالِهِ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: لاَ يُشْتَرَطُ سُقُوطُ الخِيَرَةِ وَالرَّوِيَّةِ بَلِ التَّخْوِيفُ بِالحَبْسِ وَالجُوعِ وَالضَّرْبِ وَمَا يَقْتَضِي العَقْلُ وَالحَزْمُ إِجَابَةَ المُكْرِهِ حَذَراً مِنْهُ فَهُوَ إِكْرَاهٌ يَدْفَعُ الطَّلاَقَ، وَكَذَلِكَ تَخْوِيفُ ذَوِي المُرُوءَةِ بِالصَّفْعِ فِي المَلأ وَالتَّخْوِيفُ بِقَتْلِ الوَلَدِ، نَعَم التَّخْوِيفُ بِإِتْلاَفِ المَالِ لاَ يُعَدُّ إِكْرَاهاً فِي القَتْلِ وَالطَّلاَقِ، وَيُعَدُّ إِكْرَاهاً فِي إِتْلاَفِ المَالِ، وَالطَّرِيقَةُ الأُولَى أَضَمُّ لِلنَّشرِ وَهَذِهِ أَوْسَعُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لا بُدَّ في حصول الإكراه كون المُكْرِهِ غالباً قادراً على تحقيق ما يهدِّده به؛ بولاية أو تغلُّب أو فَرْط هجوم، أو كون المُكْرَه مغلوباً عاجزاً عن الدَّفْع؛ بفرار أو مقاومة أو استعانة بالغير، ولا بدّ وأن يَغْلِب على ظنِّ المطلوب أو تيقن أنه لو امتنع مما يَطْلُبه منه أوقع به المَكْرُوه.

وعن أحمد ـ رحمه الله ـ روايةٌ: أنَّه لا يَحْصُل الإكراه بذلك حتَّى يتحقَّق شيئاً ممَّا يتوعَّده[1] به، ويقْرُب من هذا ما حكى عن الماسرجسي، قال: سمعتُ أبا إسحاق يقول: لا إكراه إلاَّ بأن ينال بالضرب، والصحيحُ المشهورُ الأوَّل، واختلفوا فيما يكون التخويف به إكراهاً، فحَكَىٰ الحناطي، والإمام وغيرهما وجهاً أنه القَتْل لا غيْرُ.

وعن أبي إسحاق أنَّه القتل وقطع الطَّرَف، وفي معناه الضرب الذي يُخَاف منه الهلاك، وعن ابن أبي هريرة وكثير من الأصحاب: أنه يلحق به الضرب الشديد، والحَبْس وأخْذ المال وإتْلافُه، وبهذا قال أبو عليٍّ صاحب الإفصاح، وزاد، فقال: لو توعَّده بنوع استخفاف، وكان الرَّجُل وجيهاً يَغُضُّ ذلك منه، فهو إكراه، قال هؤلاءِ والضرب والحَبْس والاستخفاف تختلف باختلاف طبقات الناس وأحوالهم.

والتخويفُ بالقتل والقَطْع وأخْذِ المال لا يَخْتَلِف.

وقال الماسرجسي: يختلف التخويفُ بأخْذ المال أيضاً، فلا يكون تخويفُ المُوسِر بأخْذ خمسة دراهم منه إكراهاً، قال القاضي الروياني: وهذا هو الاختيار، فهذه ثلاثة أوجه تشتمل عليها كتب قدماء الأصحاب من العراقيين وغيرهم ـ رحمهم الله ـ.

---

(١) في أ: يثق عنده.

والثالث: أرجحها عند الشَّيْخ أبي حامد، وابن الصَّبَّاغ، وغيرهما ووراءها طُرقٌ:

أحدها: أن الإِكراه إنما يَحْصُل إذا خوَّفه بما يسلب الاختيار، وكذا التخويف بالإِيلام العظيم.

قال الإِمام ـ رحمه الله ـ: لكن لو فوتح به يكاد يسلب الطاقة والاختيار، فيُحْتَمل أن يكون إكراهاً، وذكر احتمالين فيما لو خَوَّف الأخرق[1] بما حسبه مهلكاً، وسقط اختياره، هل يُجْعَل ذلك إكراهاً في حقه؛ لظَنِّه وَحُسْبَانِهِ، وقربهما من الخلاف فيما إذا رأوا سواداً فظنوه عَدُوّاً، فصلوا صلاة شدَّةِ الخوف، ثم بَانَ خلافُه قال في «البسيط»: ولعل الوجُه ألاَّ يقع الطلاق، لأنَّه ساقطُ الاختيار، وإن كان ذلك بظَنٍّ فاسِدٍ.

والطريق الثاني: أنَّه لا يُشْتَرَطَ سقوطُ الاختيار، بل إذا أكرهه على فعْلٍ من الأفعال مما يُؤْثِر العاقل الإِقْدَام عليه حذراً ممَّا يهدِّده به، حَصَل الإِكراه، وهاتان الطريقتان هما المذكورتان في الكتاب، وعلى الطريقة الثانية لا بُدَّ من النظر فيما يطلبه منه، وفيما يهدده به، فقد يكون الشيْء إكراهاً في مطلوب دون مطلوب، وفي شخص دون شخص؛ فإن كان المُكْرِه يطلب منه الطلاقَ، فكما يَحْصُل الإِكراه بالتخويف بالقتل والقطع، يَحصل بالتخويف بالحَبْس المؤبَّد أو الطويل، فإن الإِنسان يحتمل الطلاق، ولا يُؤْثِرُه، وكذا تخويف ذوي المروءة بالصفعْ في الملأ، وتسويد الوجه، والطَّوْف به في الأسواق يكون إكراهاً، ومنهم من لا يجعله ولا التخويف بالحبس إكراهاً، وأَجْرَىٰ مثْل هذا الخلاف في التخويف بِقَتْل الوالد والولد، والظاهرُ أن الكُلَّ إكراهٌ، والتخويف بإتلاف المال لا يكون إكراهاً فيه على الأظهر عنْد مَنْ ذَهَب إلى هذه الطريقة، وهو المذكور في الكتاب؛ لأن الإِنسان يحتمله ولا يُطَلِّق، وإن كان المُكْرِه يطلب القَتْل فالتخويف بالحَبْس وقتل الولد وإتلاف المال لا يكون إكراهاً، وإن كان يطلب إتلاف المال، فالتخويف بجميع لك يكون إكراهاً، وفيه وجه إن التخويف بإتلاف المال لا يكون إكراهاً في إتْلاف المال أيضاً.

والطريق الثالث: أن الإِكراه إنما يحْصُل بالتخويف بعقوبة تَتَعلَّق ببدن المُكْرَه ولو حقَّقها، تعلَّق به القِصَاص، فيخرج عنه ما لا يتعلَّق بالبدن، كأخذ المال وقَتْل الولد والوالد، والأخ والزوجة، وكذا ما لا تتعلَّق به القِصَاص؛ كالضرب الخفيف

---

(١) فقد يكون إكراهاً في شخص دون آخر وفي سبب دون آخر، فالحبس في الوجيه إكراه وإن قلَّ، كما قاله الأذرعي. والضرب اليسير في أهل المروءات إكراه أيضاً.

والحَبْس المؤبَّد إلاَّ أن يخوفه بالحَبْس في [قعر بئر] يغلب منه الموت، ويُحْكَىٰ هذا الطريق عن اختيار القاضي الحُسَيْن.

والطريق الرابع: أنّه يحْصُل الإِكراه بعقوبة شديدة تتعلّق ببدنه، فيدخل فيه القتل والقطع، والضرب الشديد والتجويع والتعطيش والحبس المؤبد أو الطويل، ويخرج ما خرج عن الطريقة الثالثة، ويخرج عنه التخويف بالاستخفاف بإلقاء العمامة، والصفع في الملأ وما يخل بالجاه والمروءة، قال الذاهبون إلَيْه، وقد يختار أهل التقوى سُقُوط الجاه، ولا يبالون بمثْل ذلك، ويحيلون صعوبته عند أكثر النّاس على الرعونة ورعاية الرسوم، والعادات، واستبعد الإِمام هذه الطريقة أن يكون التَّخْويف بالحَبْس إكراهاً، ولا يكون التخويف بقتل الولد إكراهاً. والتخويف بالنفي عن البلد، فإن كان فيه تفريقٌ بينه وبين أهْله؛ فكالحبس الدائم، وإلاَّ فوجهان:

أشبههما: أنه إكراه، لأن مفارقة الوطَن شديدةٌ؛ ولذلك شَرَع التغريب؛ عقوبةً للزاني، وجَعَل صاحبُ «التهذيب» التخويف باللواط، كالتخويف بإتْلاف المال وتسويد الوجه، وقال: لا يكون ذلك إكراهاً في القتل والقطْع، وهل يكون إكراهاً في الطَّلاق والعتاق وإتلاف المال فيه وجهان:

وأمّا ما يتعلّق بالكتاب، فقَدْ عرَفْتَ أن المذكور فيه الطريقان الأوليان للأوجه الثلاثة ونظْم الكتاب يقتضي ترجيح الأوَّل منهما، وقد صرَّح به الإِمام توجيهاً بأن الطريقة الثانية لا تَكَاد تنضبط، فإن الضَّرْب المَخوفُ به يختلف بقوة المُكْرَه وضعفه في احتمال الآلام، وقدر المال المخوف بإتلافه يختلف بطباع الأشخاص بَذْلاً وبُخْلاً، وما يُبْلِل الجاه يختلف باختلاف مراتب أصْحَاب الجاه والمروءة، ويجر ذلك إلى ضبط عظيم، وإلى هذا المعنى أشار في الكتاب بقوله: «والطريقة الأَوْلَىٰ أضمُّ للنَّشَر وهذه أوْسَعُ» والنَّشَر بالتحريك المنتشر، يقال: رأيتُ القَوْمَ نَشَراً أي منتشرين.

وليعلم قوله «وكذلك تخويف ذوي المروءة بالصَّفْع في الملأ» بالواو؛ للخلاف الذي تقدَّم، وخُصِّص بذي المروءة؛ لأنَّه لا يكون إكراهاً في حقِّ المتبذِّل الذي لا يبالي مثْله بمثله، وكذا لفْظ الطلاق من قوله: «التخويف بإتلاف المال لا يُعَدُّ إكراهاً في القَتْل والطلاق» والظاهر أنه إكراه فيه وكذا قوله «ويعد إكراهاً في إتلاف المال».

فروع: لا يَحْصُل الإِكراه بالتخويف بالعقوبة الآجلة، بأن يقول: لأَقْتُلَنَّكَ أو لأضربنك، غداً ولا بأن يقول؛ طَلِّقْ امرأتك، وإلاَّ قتلت نَفْسِي، أو كَفَرْتُ أو أفسَدْتُ

صومي وصلاتي، ولا بأن يقول وَلِيُّ القِصَاصِ لِمَنْ عليه القِصَاص: طلِّق امرأتك، وإلا اقتصصْتُ منك.

فإذا أخذه السلطان الظالِمُ بسبَب غيْره وطالبه به فقال: لست من أوليائه، ولا أعرف موضعه أو بماله، فقال ليْس له عنْدِي شيْء، فلم يُخَلِّهِ حتى يحلف بالطلاق، فحلف كاذباً، يقع الطلاق، ذكَره القفَّال وغيره، لأنَّه لم يُكْرِهْه على الطلاق، وإنما تَوَصَّل بالحلف إلى رفْع المطالبة، بخلاف ما إذا قال له اللصوص: لا نخليك حتى تحْلِفَ ألاَّ تَذْكُر ما جرى، فحَلَف، لا يقع الطلاق إذا ذَكَره، لأنهم أكرهوه على الحَلِف بالطلاق ها هُنَا.

لو تلفَّظ بالطلاق ثم قال: كنتُ مُكْرَهاً، وأنكرتْ، لم يُصَدَّق إلا أن يكون مَحْبُوساً[1] أو تكون هناك قرينةٌ أخرى.

ولو قال: طلقتُ وأنا صبيٌّ أو نائم، قال أبو العبَّاس الرويانيُّ: يُصدَّقُ بيمينه، قال: ولو طَلَّق في المرض، ثم قال كنتُ مَغْشِياً عليَّ، لم يُقْبَلْ قوله إلا ببينة تَقُومُ على أنه كان زائل العقل في ذلك[2] الوقت.

---

(١) قضيته قوله: «وأنكرت» أنها لو صدقته لا يقع الطلاق وهو مع وضوحه ذكره قاضي القضاة جلال الدين البلقيني، قال في الخادم: ومن الحوادث أن امرأة سألت زوجها طلاقها بعوض فطلقها عليه مختاراً ثم ادعت أنها مكرهة فظهرت قرائن تصدقها ورفعت هذه لبعض الحكام والمعتبرين فحلفها على الإكراه وجعل الطلاق بائناً لأن الزوج يكذب وقبل قولها في المال فلم يلزمها به وأشار على الزوج بالرجعة وتجديد العقد.

وفي فتاوى القاضي حسين: طلقها ثلاثاً ثم قال: قلت إن شاء الله تعالى، فقالت: لم تقل، فمن المصدق بيمينه ينبغي على تبعيض الإقرار، فإن قلنا: لا يتبعض صدق بيمينه، وإلا صدقت فتحلف بالله تعالى أنه لم يقل إن شاء الله تعالى.

قال في القوت: وسكت عن من ادعى عليه أنه طلق ثلاثاً فأنكر فقامت بينة بتلفظه بذلك فقالت: استثنيت عقبه، فقالت: البينة للحاكم وقد سألها عن ذلك لم يتلفظ عقبه فاستخرت الله تعالى وأفتيت بالوقوع وعدم قبول قوله لأنه يفي يحيط به العلم.

(٢) قال النووي: هذا الذي قاله في النائم، فيه نظر. والله أعلم.

وقال الشيخ البلقيني ما نقله عن الروياني هو إذا لم يعهد منه الغيبة في مرضه، فأما إذا عهد منه ذلك ولم تقم البينة إلا بالتلفظ بالطلاق خاصة من غير معرفة الحال، فالقول قوله في ذلك بيمينه كما لو قال طلقت وأنا مجنون وكان قد عهد إلى جنون، أو قال ضمنت والمنقول في الضمان ما قررناه. انتهى. قال في المهمات وهو عجيب منهما ـ يعني الشيخين ـ فقد ذكرا في كتاب الإيمان أن من ادعى عدم القصد في الطلاق والعتاق لا يصدق في الظاهر لتعلق حق الغير به.

قال في الخادم: لا حاجة لنقله من كتاب الإيمان، فقد ذكراه هنا حتى في المنهاج ثم دعوى سبق اللسان غير دعوى النوم، فإن ذلك في الصادر من المكلف باتفاقهما وها هنا فيما إذا أنكر هو=

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الخَامِسُ): زَوَالُ العَقْلِ بِالجُنُونِ، وَشُرْبُ الدَّوَاءِ (و) المُجَنِّنِ يَمْنَعُ نُفُوذَ التَّصَرُّفَاتِ، وَأَمَّا السَّكْرَانُ فَيَقَعُ طَلاَقُهُ فِي ظَاهِرِ النُّصُوصِ، وَقِيلَ: قَوْلاَنِ فِي تَصَرُّفَاتِهِ حَتَّى فِي أَفْعَالِهِ، وَقِيلَ: تَنْفُذُ أَفْعَالُهُ، وَالقَوْلاَنِ فِي التَّصَرُّفَاتِ، وَقِيلَ: يَنْفُذُ مَا عَلَيْهِ دُونَ مَالِهِ، وَحَدُّ السَّكْرَانِ أَنْ يُشْبِهَ المَجْنُونَ فِي الاخْتِلاَطِ، فَإِنْ سَقَطَ كَالمَغْشِيِّ عَلَيْهِ فَهُوَ كَالنَّائِمِ فَلاَ يَنْفُذُ (ز) مَا تَلَفَّظَ بِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: وما يُخِلُّ بقَصْد الطَّلاق اختلالُ عَقْل المطلِّق؛ أما المَجْنُون فقَدْ تبيَّن في الركْن الأول أنَّه لا يقع طلاقه، وفي معناه المُغْمَىٰ علَيْه، وكلّ من زال عقْلُه بسبب هو غيْر متعدٍّ فيه، كما لو أوجر الخمر أو أُكْرِه على شربه، أو لم يَعْلَم أن المشروب من جنس ما يُسْكِره، وعُدَّ من هذا القبيل ما إذا شَرِبَ دواء يزيل العَقْل على قصْد التداوي، ولك أن تَقُول في التداوي بالخمر خِلاَفٌ يُذْكَر في موضعه، فإذا[1] جَرَى ذلك الخِلاَف في الدَّواء المزيل للعَقْل، وقُدِّر اطراده في القليل والكثير، فالمَذْكور ها هُنَا جوابٌ على جواز التَّدَاوي، ويُمْكن أن يُقَدَّر تخْصِيصُ الخلاف بالقَدْر الَّذي يُزِيل العَقْل، وتصوير هذه الصورة بما إذا ظَنَّ أن القَدْر الَّذي تناوَلَه لا يزيل العَقْل، وكذلك صَوَّر بعضهم، وإن لم يجر ذلك الخلافُ في الدَّواءِ المُزيل للعَقْل كان السَّبَب فيه أن الطَّبْع يدعو إلى شُرْب الخَمْر، فيحتاج فيه إلى المبالغَةَ والزجر، بخلاف الأدوية.

وإذا تعدَّى، فشَرِبَ الخَمْر، فسَكِر، فالمشهور المَنْصُوص في الكتاب أنَّه يقع الطَّلاق، وحَكَىٰ المزنيُّ في ظِهَار السَّكْران قولَيْن عن القديم، فاختلف الأصحاب: منهم من قَطَع بوقوع الطَّلاق، وقال: ما رواه المزنيُّ لا يُعْرَف للشافعي في شَيْءٍ مِنْ كُتُبه، وإليه ذهب الشيخ أبو حامد والأرجح، وبه قال الأكْثَرُون: أنَّ في وقوع الطلاق قولَيْن، كما رواه في الظهار:

أحدهما: أنه لا يَقَع؛ لأنَّه لا يَفْهَم ولا يَعْقِل، وليس له قصْد، صحيح فأشبه المجنون، وبهذا قال المزنيُّ، ويُحْكَىٰ عن ابن سُرَيْج وأبي طاهر الزيادي، وأبي سَهْل الصعلوكي، وابنه سهْل ـ رحمهم الله ـ.

= وجود التكليف، ولهذا جزم الماوردي هنا بالتصديق مع موافقته على المذكور في الإيمان فقال: ولو اختلفا، فقالت: كنت أهلاً وقت الطلاق وإنما تجاننت وتغاشيت أو تغامضت وتناومت، فقال: بل كنت لذلك، صدق بيمينه.

(١) في ز: فإن.

وأصحُّهما: الوقوعُ، وبه قال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ لأنّه عاصٍ بسبب الزوال، فيُجْعَل كأنه لم يَزُل، ويكون كالصَّاحي، وهذا كمَا أنّه يجب قضاء الصلوات، ويُجْعَل زوال العَقْل؛ لكونه بالتَّعَدِّي كعدم الزوال.

وعن أحمد ـ رحمه الله ـ روايتان كالقولين، وعن مالك ـ رحمه الله ـ فيما روى صاحب «التهذيب» أنّه لا يقع، ورَوَىٰ العراقيون والمتولي أنّه يقَع كما هو مذهب أبي حنيفة.

ولو شَرِب الدواء المجنِّنَ من غير تداوٍ وغرض صحيح، فزال عقْلُه ففيه طريقان:

أظهرهما: وبه قال القاضي أبو حامد: أنّه كالسكران؛ لتعديه.

والثاني: أنّه كالمجنون والنائم؛ لأنَّ الطَّبْع لا يدعو إلَى تناوُله، وإنما صِرْنا إلى الوقوع في السَّكْران؛ تغليظاً للحاجة إلى الزَّجْر، ثُمَّ ها هنا كلامان:

أحدهما: في محل القولَيْن في صورة السَّكْران والمتعدي بِشُرْب الدواء المُجنِّن، وفيه طرق:

أحدها: أن القولَيْن في نفوذ أقواله كلِّها كالطَّلاق والعِتَاق والرِّدَّة والإِسلام والبَيْع والشراء، وغيرها، وأما أفعاله كالقَطْع والقَتْل وغيرهما، فهي كأفعال الصَّاحي بلا خلاف؛ لقوة الأفعال.

والثاني: حكى القاضي ابن كج عن أبي الطيِّب بْن سلمة أن القَوْلَيْنِ في الطلاق والعتاق والجنايات، ولا يصح بيْعه وشراؤه بلا خلاف؛ لأنّه لا يَعْلَم ما يعقد عليْه، والعلْم شرْط في المعاملات.

والثالث: أن القولَيْن فيما له كالنِّكَاح، أمّا ما عليه الطَّلاق والإِقرار والضمان، فهو ناقذٌ لا محالة تغليظاً عليه؛ وعلى هذا فلو كان التصرُّف له من وجه، وعليه من وجْه كالبيع والإِجارة، فيحكم بنفوذه، تغليباً لطرف التغليظ.

الرابع: وهو الأظْهر على ما ذَكَر الحليمي وغيره أن القولَيْن جاريان في الأقوال والأفعال كلِّها، حتَّى لو قَتَل السكران، أو قَذَف أو زَنَا، ففي وجوب القصاص، والعقوبة علَيْه قولان، وعلى هذه الطَّريقة ينطبق ما يُقَال إن القول اخْتَلَف في أن السكران، كالصاحي أو المجنون.

والثَّاني: ذَكَروا في حد السكر عبارات؛ فعن الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ أن السكران، هو الذي اختلط كلامه، المنظوم، وانكشف سرُّه المكتوم، وعن المُزَنِيِّ أن

السَّكْران: هو الذي لا يُفَرِّق بين الأرض والسماء، وبين أمه وامرأته.

وقيل[١] هو الَّذي يُفْصِح بما كان يَحْتَشِم منه.

وقيل: هو الَّذي يتمايل في مَشْيه، ويَهْذي في كلامه.

وقيل: هو الَّذي لا يَعْلَم ما يقُول.

وعن ابن سُرَيْج، وهو الأقرب: أن الرجوع فيه إلى العادة، فإذا انتهى إلى حَالَةٍ من التغير، يقع علَيْه اسم السُّكْر، فهو موضع الكلام، ولم يرض الإمام هذه العباراتِ، لكن قال: شَارِبُ الخَمْر تعتريه ثلاثة أحوال:

إحداها: هزّة ونشاط يأخذه إذا دبت الخمر فيه، ولم تستول علَيْه بعد، ولا يزُولُ العَقْل في هذه الحالة ربَّما يحتدُّ.

والثانية: نهاية السكْرِ، وهو: أن يصير طافِحاً، ويسقط كالمغشيِّ عليه، لا يتكلَّم، ولا يكاد يتحرَّك.

والثالثة: حالة متوسِّطة بينهما وهي أن تختلطَ أحوالُه فلا تنْتظم أقوالُه وأفعاله، ويبقى تمييز وفهم كلام، فهذه الحالة الثالثة سكر، وفي نُفوذ الطَّلاق فيها الخِلاَف الذي بيَّنَّاه، وأمَّا في الحالة الأُولَىٰ فينفذ الطَّلاق لا محالة؛ لبقاء العَقْل، وانتظام القَصْد والكلام، أمَّا في الثانية: فالأظْهَرُ عند الإمام وهو المذكُور في الكتاب؛ أنَّه لا ينفذ لأنَّه لا قَصْد له؛ كأنه جَرَىٰ على لسانه لفْظ، فهُو كما يُفْرَض في حقِّ النائم، والمُغمَىٰ عليْه، ومن الأصحاب من جعله علَى الخِلاَف المذْكُور لتعديه بالتسبب إلى هذه الحالة، وهذا أوفق لإطلاق أكثرهم والله أعلم.

وقولُه في الكتاب «زوال العَقْل بالجنون وشرب الدواء المجنن يمنع نفوذ التصرفات» أراد به ما إذا تَناولَه تَدَاوياً، فأما إذا تعدَّى به، ولم يكُنْ له غرضٌ، فهو كالمتعدِّي بشرب الخمر على ما بيَّنا.

وقوله: «فيقع طلاقُهُ في ظاهر النصوص» يجوز إعلام قوله: «فيقع» بالميم والألف والزاي، وهذا اللَّفْظ في السياق الذي أتَىٰ به يُشْعِر بطريقة القطْع بوقوع الطَّلاق.

وقوله: «وقيل قولان في تصرفاته» وأراد بها هنا الأقوال؛ ألا تَرَاه قال: «حتَّى في أفعاله» وأيضاً فقد قال «تَنْفُذُ أفْعَالُهُ، والقَوْلاَن في التَّصَرُّفات» وفي الاصطلاح المشهور لفظ التصرف يَدْخل فيه القول والفعل.

---

(١) سقط من ز.

وقوله: «وقيل ينفذ ما عليه دُونَ مَاله» يُقَارب الطريقة الثالثة من الطُّرق المذكورة في مَحَلِّ القولين، ويخالفها أنَّه ليْس فيها تعرضٌ للخلاف في واحد من النوعَيْن، بل ظاهره الجَزْم بنفوذ ما عليْه، وبعدم نفُوذ ماله، وكذلِكَ أوردها صاحب «التهذيب» ـ رحمه الله ـ.

وقوله أن يُشْبِهَ المَجْنُونَ في الاختلاط في لفظ الاختلاط إشارة إلى اشتراط بقاء بَعْض الفهم والتمييز؛ ليخرج عنه الَّذِي سَقَط كالمَغْشِيِّ عليه، على ما اختاره.

وقوله: «فلا يَنْفُذُ ما تلفظ به» معلَّم بالواو، ويجوز إعلام قوله: «أن يُشْبه المجنون» أيضاً للعبارات الأُخر، كقولهم أنَّه الَّذي لا يَعْلَمُ ما يقول ونحوه.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الرُّكْنُ الرَّابعُ: المَحَلُّ): وَهِيَ المَرْأَةُ فَلَوْ أَضَافَ الطَّلاَقَ إِلَى نِصْفِهَا نَفَذَ، وَلَوْ أَضَافَ إِلَى عُضْوٍ مُعَيَّنٍ (ح) كَاليَدِ وَالرَّأْسِ وَالكَبِدَ وَالطُّحَالِ نَفَذَ، وَإِنْ أَضَافَ إِلَى فَضَلاَتِ بَدَنِهَا كَالرِّيقِ وَاللَّبَنِ وَالمَنِيِّ لَمْ يَنْفُذْ، وَكَذَلِكَ إِلَى الجَنِينِ، وَالدَّمُ وَالشَّحْمُ كَالفَضَلاَتِ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَلَوْ أَضَافَ إِلَى لَوْنها وَحُسْنِهَا وَصِفَاتِهَا لَمْ يَنْفُذْ، وَالرُّوحُ وَالحَيَاةُ كَالأَجْزَاءِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَيَمِينُكِ طَالِقٌ فَقُطِعَتْ ثُمَّ دَخَلَتِ الدَّارَ طُلِّقَتْ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَ لِمَقْطُوعَةِ اليَمِين: يَمِينُكِ طَالِقٌ لَمْ تُطَلَّقْ عَلَى الصَّحِيحِ، كَمَا لَوْ قَالَ: ذَكَرُكِ أَوْ لِحْيَتُكِ طَالِقٌ لَمْ تُطَلَّقْ لِعَدَمِ المُضَافِ إِلَيْهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قد سبَق أن أَحَد أرْكَانِ الطَّلاق المحلُّ الذي يصادفه ويتوجَّه نحوه، وهو المرأة، فإن أضاف الطَّلاق إلى كلِّها، فقال: طلَّقْتُكِ أو أنْتِ مطلقة، فذاك، وفي معْنَاه إذا قال جسمك شَخْصُك أو جَسَدك أو جثَّتُك أو نَفْسُك أو ذَاتُك طالقٌ، ولو أضاف الطَّلاق إلى بعْضِها على الإشاعة، وقع الطَّلاق أيضاً، سواءٌ أبهم فقال: جزءك أو بعضك طالقٌ أو نَصَّ على جزء معلوم كالنِّصف، والربع؛ واحتجَّ لذلك بالإجماع وبالقياس على العِتْق؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما إزالةُ ملْكٍ يحصل بالصَّريح والكناية، ذلك بأن الخَبَر ورد بأن مَنْ أعتق شِقصاً من عَبْد يعتق كلُّه، وبأن الرجل من أهْل الطلاق، فلا يمكن إلغاء قوْله، ولا يُمْكِن أن يقع الطَّلاق على بعْضها دون بعض، لأن المَرْأة لا تتبعَّض في حكْم النِّكَاح، فلم يبْق إلاَّ أن يعمِّم حكمه.

ولو أضاف إلى عُضْو معيَّن، فيقع أيضاً سواءٌ كان عُضْواً باطناً، كالكبد، والطُّحال، والقلب، أو عضواً ظاهراً كاليد والرجل، سواءٌ كان مما ينفصل في الحَيَاة؛

كالشعر والظُّفُر أوْ لا ينفصل، والإصبع الزائدة كالأصلية.

وقال أبو حنيفة إذا أضاف الطلاق إلى عُضْو معيَّن لم يَقَع إلاَّ في خمسة أعضاء، وهي الرأس والوجْه، والرقبة والفَرْج، والظَّهْر، وعن أصحابه في الأعضاء الباطنة اختلافٌ.

وقال أحمد إن أضاف إلى ما لا ينفصل وقع،[1] وفي كتاب الحناطي حكايةُ قَوْلٍ في الشَّعر، كما أنَّه لا يبطل الوُضوء بلَمْسِه، ولا شكَّ في اطراده في السِّنِّ، والظفر[2] وأن أضاف إلى فضلان بدَنِها، كالرِّيق والعَرَق، والمَخَاط، والبَوْل، لم يقع الطلاق، لأنَّها لَيْسَتْ أجزاء متصلة بها بحُكْم الخلقة، ولا يلحقها الحل والحرمة، وفيها وجْه ضعيفٌ رواه الحناطي، والإمام وفي اللَّبَن والمَنِيِّ وجهان:

أحدهما: الوقوع؛ لأن أصل كلِّ واحدٍ منهما الدَّم، وسنذكر في الإضافة إلى الدَّم أن الظاهر الوقوعُ، وأظهرهما، وهو المذكور في الكتاب المَنْع؛ لأنهما متهيئان للخُرُوج بالاستحالة، فأشبهتا الفضلات.

ولو قال: جَنِينُكِ طالقٌ، لم يقع الطلاق؛ لأنه شخص مستقلٌّ بنفسه، وليس بمحَلٍّ للطلاق، وادعى الإمام اتِّفَاق الأصحاب علَيْه، لكن أبا الفرج الزاز حكَىٰ وجهاً بأنَّه يقع؛ لصورة الانفصال، وأبْعَدُ منه وجهان ذكرهما الحناطي فيما إذا قال: الماء أو الطَّعَام الَّذي في جَوْفِك طالقٌ وفي الإضافة إلى الدم وجهَان: في وجه لا يقَع الطَّلاق كما في الفَضَلات، والأصحُّ أنَّه يَقَع؛ لأنَّ به قوام البَدَن، وهو أشدُّ تملُّكاً في الشَّخْص، من اليد والرِّجْل، وحكَى الإمام فيه طريقة قاطعة بالوقوع، وفي الشَّحم تردُّد للإمام، وميله إلى أنَّه لا يقَع الطَّلاق، والأقربُ وقُوعُه؛ لأنَّه جزء من البدن، وبه قَوامُه؛ ولأن الشَّحْم كالسمن، ولو قال سمنك طالقٌ، لم يقَع الطلاق.

ولو أضاف الطَّلاَق إلى المَعَانِي القائمةِ بالذات، كالحُسْن والقُبْح والمَلاحَة والسَّمْع، والبَصَر والكَلاَم، والضَّحِك، والبُكَاء، والغم، والفرح، والحَرَكَة، والسُّكُون، لم يقَعِ الطَّلاَق، ونقل الحناطي في الحُسْن، والحركة والسُّكون، والسَّمْع، والبَصَر، والكَلاَم وجهَيْن:

أحدهما: الوقوع.

---

(١) سقط من ز.

(٢) قال النووي: بينهما فرق ظاهر، فإن اتصال السن آكد من الشعر. وأما اشتراكهما في نقض الوضوء وعدمه، فلعدم الإحساس، ولأنهما جزءان، فأشبها اليد..

والثاني: أنه لا يقَع، حتى يريده، وهذا شيْءٌ غريبٌ، ثم الوجه التسوية بَيْنَهُ وبين سائر الصفات، فلا يقع الطَّلاق إذا قال: ظلك أو طريقُكِ أو صُحْبَتُك طالقٌ، وكذا لو قال: نَفَسُكِ طالقٌ.

قال في «التتمة»؛ لأن النَّفَس أجزاء الهَوَاء يَدْخل الرِّئَة، ويخرج منها، وأنَّه ليس بجزء منها، ولا صِفَة لها، وكذا لو قال: اسْمُكِ طالقٌ.

قال في «التتمة» إلاَّ أن يريد بالاسم وُجودَها وذاتها، فيقع.

ولو قال: رُوحُكِ طالقٌ وقع الطلاق، فإنَّه الأصْل، وقد يُعَبِّر به عن الجُمْلة، وبمثله أجاب مُعيبون فيما إذا قال: حياتُكِ طالقٌ، منهم الإمام وصاحب الكتاب.

قال الإمام: ولا يَتَخَبَّطَنَّ الفقيه في الرُّوح والحياة، فيقع فيما لا يعنيه، يَعْنِي الخَوْض فيما ليْس من شأن الفقهاء.

وفي «التهذيب»: أنَّه إذا قال: حياتُكِ طالقٌ يقع إن أراد الرُّوح، فيشترط الوقوع إرادة الروح إشعاراً، بأنه لو أراد المَعْنَىٰ القائِمَ بالحَيِّ، لا يقع الطلاق، كما في سائر المعاني، وبهذا أجاب أبو الفَرَج الزازُ في الحياة، وحكى في الرُّوح خلافاً مبنياً على أن الرُّوح جسم أو عرض، ويُشبه أن يقال: الظَّاهر في الحياة أنَّه لا يقع، وفي الروح أنَّه يقع والله أعلم.

قال الإمام: ولو أضَافَ الطَّلاق إلى الأخْلاَط المنسلكة في البَدَن؛ كالبلغم والمرتين، فهُوَ كَمَا لو أضاف إلى الفَضَلات دُون ما أضَاف إلى الدَّم.

ثم اختلف الأصحاب في أنَّه إذا أضاف الطَّلاق إلى جُزْء شائع أو إلى عُضْو معيَّن، فحكَمْنا بوقوع الطلاق كيف نقدره وننزله، فمنهم من قال: يقَع الطلاقُ على المُضَاف إلَيْه أولاً ثم يَسْري إلى باقي البَدَن، كما أنَّ العتْق يسري من بعْض العبْد إلى بعْض، ومنهم من قال: يُجْعَل الجزء أو العضو المعين عبارة عن الكُلِّ، لأنه لا يُفْرض حُصُول الطلاق في المضاف إليه وحده، حتى يُقَدِّر سراية إلى الباقي بخلاف العِتْق؛ فإنه قد يثبت في الجزء المشاع، ويقتصر عليه؛ ولأنَّه لو قال وأنْتِ طالقٌ نصْفَ طلقة يقع طلقة، ويُجْعَل النصف عبارةً عن الكُلِّ، ولا يمكن أن يقال: يقع النصْف، ثم يَسْري حُكْمُه، فكذلك ها هنا، وتَظْهَر فائدةُ الخِلاَف في صور.

منها: لو قال: إن دخلْتِ الدار، فيمينك طالق، فقطعت يمينها ثم دخَلت الدار، إن قلْنا: يقع الطلاقُ على المضاف إليه، ثم يَسْري، لم يقع ها هنا؛ لأن المُضَاف إلَيْه لم يبق، وإن قلنا إنَّه عبارةٌ عن الكُلِّ، ولو قال: لمن لا يمين لها، يمينُكِ طالقٌ، فطريقان:

أحدهما: التخريجُ على هذا الخِلاَف.

وأشبههما، وبه قال القاضي الحُسَيْن، والإمام القَطْع بأنَّه لا يقع، لأنه وإن جعل البَعْض عبارة، عن الكُلِّ، فلا بدّ من وجُود البَعْض المضاف إليه؛ لتنتظم الإِضافة فإذا لم يَكُن لغت الإِضافة، كما لو قَال لامرأته: ذَكَرُك أو لِحْيَتُكِ طالقٌ.

قال الإِمام: هذا يجِبُ أن يكون متفقاً عليْه.

ومنها: ذكر في «التتمة»: أن القَوْل بعدم وقوع الطلاق فيما إذا قَال: حُسْنُك أو بَيَاضُك طالقٌ، مبني على أن الطلاق يقَعُ على المضاف إليه أولاً ثمْ يَسْري، لأنَّه لا يمكن وقُوع الطَّلاق على الصفات، أما إذا جَعَلْنا البعْضَ عبارةً عن الجملة، فكذلك نَجْعل الصفة عبارةً عن الموصوف[1].

ومنها: لو قال لأمته: يدك أم ولدي أو قال للطفل الذي التقطه: يدك ابني، قال أبو سعد المتولِّي: إن جعلْنا البَعْض عبارةً عن الكُلِّ، كان ذلك إقراراً بالنسب أو الاستيلاد[2]، وإن قلْنا بالسراية، فلا.

ويجْري الخلاف المَذْكور فيما إذا أضاف العِتْق إلى يد عبْده أو رأسه، ولو أضافه إلى جُزْء من عبْده شائع، قال الإِمام: المَذْهَبُ تقديرُ السراية، لأنَّ العتْق يمكن نزولُه في بعْض العبد على الإِشاعة، ووقوعه عليْه بخلاف الطَّلاق، ومنهم من جَعَله على الخلاف، وقال: نُزُول العتْق في بَعْض مِلْك الشَّخْص غير متصور[3] أيضاً، وإنما يُفْرَض

---

(١) قال النووي: هذا الذي قاله ضعيف، فخالف للدليل ولإطلاق الأصحاب.

(٢) في ز: والاستيلاء.

(٣) قال النووي من زيادته: يتصور فيما إذا أعتق عبده المرهون وهو موسر بقيمة بعضه وقلنا بالأظهر أنه ينفذ عتق الموسر.

قال في الخادم: يتصور أيضاً في صور:

إحداها: أن يكون نصفه مرهوناً ونصفه غير مرهون، ويكون الراهن معسراً، فإذا أعتق النصف الذي ليس بمرهون تبعض، وهو كله له وهذا من كلام شيخه.

الثانية: إذا كان العبد مشتركاً بين اثنين فجنى جناية توجب مالاً متعلقاً برقبة ثم فداه أحدهما ثم اشتراه الذي لم يفد وعتقه وهو غير موسر، فإنه يعتق ما لم يتعلق به حق المجني عليه.

وهذه الصورة من كلام شيخه البلقيني.

الثالثة: ما لو وكل وكيلاً في عتق عبد فأعتق الوكيل نصفه، فالأصح أنه يعتق نصفه فقط، وقيل يسري وقيل لا يعتق من كذا. ذكره في الروضة في باب العتق، ويتعجب منه كيف لم يستحضره هنا وتكلف التصوير بما فيه عسر وأخذ هذه الصورة أيضاً من كلام شيخه البلقيني وفي هذه الصورة نظر لأن الكلام في سيد يباشر عتق البعض، والمباشر هنا إنما هو الوكيل على أن الشيخ=

ذلك عند تعدُّد المالك، ويشبه [على][1] أن يكون الأظْهَرُ من التنزيلين المذكورين حيث جَرَى الخلاف طريقُ السراية؛ لوجوه:

أحدها: البنَاءُ الَّذي ذكرَه صاحب «التتمة» فيما إذا قال: حُسْنُك وبياضُك طالقٌ؛ فإنه قد مَرَّ أن الظاهر أنَّه لا يقع الطَّلاق، والمناسب له ترجيحُ مَعْنَى السراية.

والثاني: أنهم ذكروا أنَّه لو أشار إلى عضو مُبان منها، ووَصَفه بالطلاق، لا يقع الطلاق؛ لعَدَم الاتصال، وأنه لو فُصِلَتْ أذنها ثم ألصقت، والدم جارٌ أو نُتفت شعرة، فانغرزت في موضع آخر، ونمت، وأضاف الطلاق إليها، ففي وقوعه وجهان:

أشبههما، وهو المذكور في «التتمة» أنه لا يقع[2].

ولو كان وُقُوع الطلاق بطريق التعبير بالبَعْض عن الكُلِّ، لَمَا اختلف الحال بعيْن المُبَان والمُتَّصِل.

والثالث: أن الوقوع لوْ كان بطريق التعبير بالبعض، لم تَخْلُ دلالةُ البعْض على الكُلِّ، إما أن تكُونَ صريحاً، أو كنايةً والأول بعيدٌ، وبتقدير أن يكون كذلك، وجَب أن يصح النِّكاح والبيع وسائر التصرفات، إذا أضيفتْ إلى بعض الأعضاء، وإن كَان كنايةً، وجبَ أن يُشْتَرط لوقوع الطلاق[3] النيةُ، واشتراطُ النِّيةِ فيما إذا قال: نصْفُكِ طالقٌ، أو يدك طالقٌ بعيد عما ساقه الأصْحاب، وقياسُ مَنْ قال بهذا التنزيل أن يصح البيع ونحوه بإضافة الطَّلاق إلى الجملة التي الجزءُ المعيَّنُ بَعْضٌ منها، وكأنَّه يريد أن الجُزْء المعيَّن لا يوصف بالطلاق، إلا إذا اتصفت الجملة به،

= البلقيني يرجح عتق الكل في هذه الصورة، ثم قال.

الرابعة: إذا ملك نصف عبد ونصفه الآخر موقوف فأعتق صاحب النصف نصيبه، فإنه لا يسري إلى الوقف قطعاً، وفرقوا بين نصيب الشريك بأن نصيب الشريك يتصور إعتاقه بخلافه، وهذا الذي قاله في الخادم عجيب، فإن الكلام في مالك جميع العبد وهذه الصورة إنما هو مالك لنصفه خاصة وهذا لا يخفى ثم قال.

الخامسة: إذا باع السيد للعبد بعضه وقلنا إنه عقد بيع، فلا يسري عليه وهذه الصورة أيضاً لا ترد لأن العبد ملك نصف نفسه فعتق النصف الذي ملكه، فالسيد لم يعتقه، فليتأمل.

(١) سقط في ز.

(٢) قال النووي في زوائده: قوله: في موضع آخر اتبع فيه الغزالي وليس هو شرطاً، فلو ثبتت في موضعها، كان كذلك، ثم إن مسألة الشعرة قل أن توجد في غير «الوسيط» بخلاف مسألة الإذن، فإنها مشهورة بالوجهين، لكن أنكر إمام الحرمين تصورها في العادة، ولا امتناع في ذلك.

(٣) في أ: ألبتة.

بشرط اتصاف الجزء بالطَّلاق اتصافَ الجُمْلة به، فوَصْفُ الجزء يتضمن وصْفَه الجملة، لكن فيه إشكالان:

أحدهما: أنَّ فيه مصيراً إلى أنه إذا اتَّصفَتِ الجملة بالطالقية، يتَّصفُ كلُّ جزء منها بالطالقية، ويتجه أن يمنع ذلك، ويقال: جملة المرأة هِيَ الموصوفة بأنَّها منكوحةٌ أو مطلَّقة، وكلُّ جزء منها لا يوصف بأنَّه منكوحٌ أو مطلَّقٌ.

والثاني: أن دلالته على وصْف الجملة بالطلاق على سَبيل التَّضمنُ إما أن يقدَّر صريحاً أو كناية، ويلزم على التقديرين ما قدَّمناه، ويجوز أن يعلم؛ لمَا بيَّنا قولُه في الكتاب «لم يَنْفُذْ» في مسألة الفضلات، بالواو، وكذا قوله: «وكذلك الجنين»، وقوله «لم يَنْفُذْ» في اللون والحسن في الصفات.

وقوله: «كالأجزاء» وقوله «على الصَّحيح» في الصورة الأخيرة، يجوزُ أن يريد على الصَّحيح من الطريقين، وهو المذكور في «الوسيط» ويجوز أن يريد من الوجهَيْن؛ جواباً على طريقة إثباتِ الخِلاف والله أعلم.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَلَوْ قَالَ: أَنَا مِنْكِ طَالِقٌ وَنَوَى وَقَعَ (ح)، وَلاَ يُشْتَرَطُ نِيَّةُ إِضَافَةِ الطَّلاَقِ إِلَيْهَا عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ بَلْ يَكْفِي نِيَّةُ أَصْلِ الطَّلاَقِ، وَلَوْ قَالَ: أَسْتَبْرِىءُ رَحِمِي مِنْكِ فَلَيْسَ بِكِنَايَةٍ، وَقَوْلُ السَّيِّدِ لِعَبْدِه: أَنَا مِنْكَ حُرٌّ لَيسَ بِكِنَايَةٍ عَلَى أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ.

قال الرَّافِعِيُّ: إذا قال لامرأته: أنا مِنْكِ طالقٌ، ونوى إيقاع الطَّلاَق عَلَيها، وقَع الطَّلاق، خلافاً لأبي حنيفة وأحمد ـ رحمهم الله ـ ووجَّه المذْهَب بعضُهم بأن النِّكاح يقوم بالزوجين جميعاً، ومن به قوام النِّكاح يصحُّ منه إضافَةُ الطَّلاق إلَيْه من مالكه، كالزوجة، وهؤلاء ربَّما أطلقوا القَوْل بأن الزوج محَلُّ النكاح، كالزوجة، وأنَّه معقود عليه في حقِّها كما أنه معقودٌ عَلَيها في حقه وهذا غير مرضى عند الأكثرين؛ لأنَّه لو كان كذلك، لَمَا احْتَاج إلَىٰ إضافة الطلاق إليه، كإضافة الطَّلاق إليها، ولأنَّها لا تستحقُّ مِنْ بَدَن زوجها ومنافعه شيئاً، وإنما المستحِقُّ الزوج، ووجَّه الإمام المَذْهَب بطريقين:

أحدهما: أن على الزَّوْج حَجْراً من جهتها، من حيث إنَّه لا ينكح أختها ولا أربعاً سواها، وأنَّه يلزمه صومها، فإذا أضاف الطلاق إلى نَفْسه، أمْكَن حمْل ذلك على خلل السَّبب المقتضِي لهَذا الحَجْر.

والثاني: أنَّ المرأة مقيَّدة، والزوج كالقَيْد عليه، والحَلُّ يضاف إلى القيد، كما

يضاف إلى المقيد، فيقال: حلَّ فلانٌ المقيَّد، وحل القيْد عنه، وإن لم ينوِ إيقاع الطلاق عليها، فوجهان:

أحدهما: ويُحْكى عن أبي إسحاق واختيار القاضي الحُسَيْن أنه يقَع الطلاق، لأنّه قدْ وُجِدَ لفْظ الطلاق، وقصده، والطلاق نقيضُ العقْد وحل له، فيَلْغِي، ولا يحتاج إلى التعرُّض للمحلّ.

وأظهرها: وبه قال مُعْظَم الأصحاب: أنّه لا بُدَّ من إضافته إليها، لأن محَلّ الطلاق المرأة، دون الرجُل، واللفظ مضافٌ إليه، فلا بُدَّ من نية صارفة تجعل الإضافة إليه إضافةً إليها؛ من حيْث إن بينهما سبباً منتظماً يصح الكناية بأحدهما عن الآخر، وإذا قلْنا به، فمَهْما نوى إيقاع الطّلاق عليها، كان ناوياً أصْل الطلاق، وإن قلْنا بالوجه الأول، فالّذي يُشْعِر به ظاهر النَّصّ في «المختصر»، وصرح به الإمام وغيره: أنّه لا بُدَّ من نية أصْل الطلاق؛ لأن اللفظ كنايةٌ من حيْث إنه مضافٌ إلى غيْر محلّه، ولو جرد القصد إلى تطليق نَفْسه، ولم يقتصر على قصْد أصْل الطّلاق، فقَد قال الإمام: الوجْه عندنا: أنّه لا يقع الطّلاق، وإن لم يعتبر قصْد الإضافة إليها؛ لأنّه خصَّصه بغير محلّ الطلاق، فيمتنع الصَّرْف إلَيْه، ومنْهم منْ حَكَم بوقوعه، ولو قال: أنا منْك بائنٌ، فلا بدَّ من نيَّة أصْل الطلاق، وفي نية الإضافة إليها الوجْهان، وإذا نواها، وقَع، كما في قوله: أنا منْكِ طالقٌ، وساعدنا أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ في لفْظ البينونة؛ وعلى هذا قِيَاسُ سائر الكنايات؛ بأن يقول: أنا منْكَ بَرِيءٌ أو خليٌّ، ولو قال: أَسْتبرىءُ رَحِمِي منْكِ، ونوى تطليقها، ففيه وجْهان:

أحدهما: يقع، والمعنى أستبرىء الرحِمَ الّتي كانَتْ لي.

والثاني: المنع؛ لأن اللفظ غير منتظِم في نفسه، والكناية شرطُها أن تحتمل معنيين فصاعداً، وهي في بعْض المعانِي أظْهَرَ، وهذا أصحُّ عند الإمام وصاحب «التتمة» وهو المذكور في الكتاب ورجَّح صاحب «التهذيب» الأول.

ويجري الخلاف فيما إذا قال: أنا معتدٌّ منْك أو مستبرىءٌ رحمي، ولم يقُلْ «منك» وساعد المتولّي صاحب «التهذيب» ها هنا على ترجيح الوقُوع. ولو قال السيِّد لعبْده: أنا منْكَ حُرٌّ أو أعتقت نفسي منك ونوى عتْق العبد، فوجهان:

عن ابن أبي هريرة: أنّه يعتق، والمعنى أنا حرٌّ من تعهُّدك والإنفاق عليْكَ والتزام مؤناتك، **وأصحُّهما**: المنْع، وفرّقوا بينه وبيْن الطلاق بأنَّ الزوجية: تَشْمَل الجانبين، وكلُّ واحد منهما زوج الآخر؛ فيجوز الكناية بأحدهما عن الآخر، والرِّقُّ لا يشملهما على هَذَا النسق، بل أحدهما مالِكٌ والآخر مملوك، فلا يجوز الكناية بأحدهما عن الآخر.

ولو قال لزوجته: طَلِّقِي نَفْسَكِ، فقالت: طلقتك وأنتَ طالقٌ، فهو كما لو قال الزوج لها: أنا منكِ طالقٌ، وكذا إذا قال لعبده: أَعْتِقْ نَفْسك، فقال: أعتقتك أو أنتَ حُرٌّ، فهو كقول السيِّد له: أنا منكَ حُرٌّ والله أعلم.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الرُّكْنُ الخَامِسُ): الوِلاَيَةُ عَلَى المَحَلِّ فَإِذَا قَالَ لأَجْنَبِيَّةٍ: أَنْتِ طَالِقٌ لَم يَقَعْ وَلَمْ يَنْقُصِ العَدَدُ، وَلَوْ قَالَ لِلرَّجْعِيَّةِ وَقَعَ، وَلَوْ قَالَ لِلْمُخْتَلِعَةِ لَمْ يَقَعْ، وَلَوْ قَالَ لأَجْنَبِيَّةٍ: إِنْ نَكَحْتُكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ لَمْ يَقَعْ (ح) إِذَا نَكَحَهَا، وَلَوْ قَالَ العَبْدُ لِزَوْجَتِهِ: إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلاَثاً ثُمَّ عتِقَ فَدَخَلَتِ الدَّارَ وَقَعَ الثَّلاَثُ عَلَى أَحَد الوَجْهَيْنِ وَإِنْ لَمْ يَمْلِكِ الثَّالِثَةَ عِنْدَ التَّعْلِيقِ لَكِنْ مَلَكَ النِّكَاحَ المُبِيحَ لَهُ، وَكَذَا لَوْ قَالَ لأَمَتِهِ: إِذَا وَلَدْتُ فَوَلَدُكِ حُرٌّ لأَنَّهُ مَلَكَ الأَصْلَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الولايةُ عَلى المَحَلِّ شَرْطٌ لوقوع الطلاق، فلو قال لأجنبية: أنْتِ طالِقٌ لم يَقَع الطلاق رُوِيَ أنَّه ـ ﷺ ـ قال: «لا طلاق إلاَّ بَعْدَ نِكَاحٍ وَلاَ عِتْقَ إلاَّ بَعْدَ مِلْكٍ». ولو قَال للرجعيَّة: أنْتِ طالقٌ، وقَع، لبقاء الوَلاية والملك فيها، والمختلعة لا يلحقها الطَّلاق، سواءٌ طلَّقها في العدَّة أو بعدها، وسواء خاطَبَها بالصريح أو الكناية، وسواءٌ خاطَبَها خاصَّة أو عمَّم، فقال: نسائي طوالِقٌ، وبهذا قال مالك وأحمد ـ رحمهما الله ـ وقال: أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ: يقع ما دامت في العدة، إذا خاطبها بصريح الطَّلاق خاصَّة، ويُرْوَىٰ عنه إلحَاقُ ثلاثة ألفاظ من الكنايات بالصريح، وهي قوله: «اعْتَدِّي، واسْتَبرئِي رَحِمَكِ، وأنْتِ واحِدَةٌ». واحتج الأصحاب بالقياس على ما سلَّمه، وبأنها ليست مزوجة، فلا يلحقها الطلاق، كما لو انضتْ عدتها والدليل على أنَّها لَيْسَتْ بزوجة أنَّها لا تدْخُل في قوله: «زوجاتي طوالق»، ولأنَّه لا يصحُّ ظِهَارها، ولا تلاعُنها، ولا يلزمها بالموت عدة، ولا يثْبُت لها ميراثٌ.

ولو علَّق طلاق أجنبية بنكاحها، فقال: إن نكحتك[1]، فأنْتِ طالق أو عمَّم فقال: كلُّ امرأة نكحتها، فهي طالقٌ، لا يقع الطلاق، إذا نكَح، هذا هو المشهور في المَذْهَب.

وفي «أمالي» أبي الفرج، وكتاب الحناطي وغيرهما: أن منهم مَنْ أثبت في وُقُوع الطَّلاقِ قولَيْن؛ لأنَّهُ يُحْكَىٰ عن «الإِملاء» أن الشافعيَّ ـ رحمه الله ـ حَكَىٰ في المسأَلَة اختلافَ العُلَمَاء، ثُمَّ قال: وأَنا متوقِّف فيها، ويقال: إنَّ الربيع قال له: فما

(١) في أ: نكحت.

تَقُول أنْت؟ فقال: أنا متوقِّفٌ فيها، والقاطعون حَمَلُوا ذلك علىٰ أنَّه كان متوقِّفاً، ثم ظَهَر له ما نصَّ عليه في كتبه واشتهر عنه، وعند أبي حنيفة يصح تعليق الطلاق بالنكاح، عمَّم أو خصَّص، وعند مالك: إنْ عمَّم، لم يصحَّ، وإن خصَّص بامرأة معيَّنة أو نساء محصُوراتٍ، كنساء قرية أو قبيلة، صحَّ، واحتج الأصحاب بما رُوِيَ عن عبْد الرحمن ابن عوف ـ رضي الله عنه ـ قال: «دَعَتْنِي أُمِّي إِلَىٰ قَرِيبٍ لَهَا فَرَاوَدَنِي فِي المَهْرِ، فقلْتُ: إنْ نَكَحْتُهَا فَهِيَ طَالِقٌ ثَلاثَاً، فسألْتُ النبيَّ ـ ﷺ ـ فَقَالَ: «انْكَحْهَا؛ فَإِنَّهُ لاَ طَلاَقَ قَبْلَ النِّكَاحِ»[(١)] وبأنه يمين بالطلاق قبْل النكاح، فيلغو، كالتعليق المُطْلَق؛ وهو أن يقول للأجنبية: إن دخلْتِ الدار، فأنْتِ طَالِق، ثم نكحها، ثم تدخل الدَّار، فإنَّه لا يقع الطلاق بالاتفاق وتعليق العتق بالمِلْك كتعليق الطَّلاق بالنكاح بلا فَرْق، وساعدنا أحمد ـ رحمه الله ـ في الطَّلاَق، وعنه في العتق روايتان.

قال الأصحاب: ولَيْس ما نحْن فيه كما إذا قال: إن شَفَىٰ الله مريضي، فلله عليَّ تحريرُ رقبة، حيْث يلزمه النذر، وإن لم يَمْلِك رقَبة؛ لأنَّ ذلك التزامٌ في الذمَّة، حتى إذا مَلَك عبْداً لا يُعْتَق عليه، حتى يُنْشِيءَ إعتاقاً، وهذا تصرُّف في مِلْك الغير، ولو عين عبد الغير، وقال: للّه عَلَيَّ أن أعتق [هذا][(٢)] العبد، فهو لَغْو؛ لأنه تصرُّف في مِلْك الغير، ولا نَذْر فيما لا يملك ابن آدم، ولو قال الله عليَّ أن أعتق هذا العبد إن ملكته، ففيه وجهان؛ من حيث إنَّه التزام في الذمَّة، لكنه متعلق بِمِلْك الغَيْر؛ وأجرى الوجهان فيما إذا قال: إذا ملكْتُ عبْد فلانٍ، فقد أوصيتُ به لفلان، وإذا أرسل الوصيَّة؛ وهو لا يملك شيئاً، صحَّت الوصيَّة؛ كالنذر، وحكى الشيخ أبو عليٍّ وجهاً أنَّه لا يصحُّ[(٣)].

ولو علَّق العبْد الطَّلْقة الثالثة؛ إما مطلقاً بأن قال: «إنْ دخلْتِ الدَّارَ، فأنْتِ طالقٌ

---

(١) قال الحافظ في التلخيص: لم أجد له أصلاً من حديث عبد الرحمن بن عوف، لكن قريب من هذه القصة ما أورد الدارقطني من حديث زيد بن علي بن الحسين عن إبابة: أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله إن أمي عرضت علي قرابة لها أن أتزوجها، فقلت: إن تزوجتها فهي طالق ثلاثاً، فقال: هل كان قبل ذلك من ملك، قال: لا، قال: لا بأس تزوجها، وإسناده ضعيف، وأورده أيضاً عن أبي ثعلبة الخشني قال: قال عم لي: اعمل لي عملاً حتى أزوجك ابنتي، فقلت: إن تزوجتها فهي طالق ثلاثاً، ثم بدا لي أن أتزوجها، فأتيت النبي ﷺ، فذكر الحديث، وفيه علي بن قرين وهو متروك.

(٢) سقط في ز.

(٣) أرسل المصنف الوجهين بغير ترجيح وذكر في باب النذر نقلاً عن المتولي أنه يصح على الأظهر، قال في باب الوصية إن الصحة أفقه، وأجرى على قواعد الباب في تعدد الطلاق.

ثلاثاً، فعَتَق، ثم دخلَتِ الدّار أو مقيداً بحالة ملك الثّالثة بأن قال: إذا عَتَقْتِ، فأنتِ طالقٌ ثلاثاً، ففيه وجهان:

أحدهما: أنّه لا يصحُ تعليق الثالثة، لأنه لا يملك تنجيزها، فلا يملك تعليقها، كالطلاق قبْل النكاح.

وأظهرهما: وهو المذكور في «التهذيب» يصحُ ويحكم بموجبه، وإن لم يَمْلك الثالثة لكنّه مَلَك أصْلَ النكاح، ومِلْك النكاح مفيد لِمِلْك الطّلقات الثلاث بشرط الحرية، وشبه ذلك: بأن[1] الزّوْج في حال البدعة لا يَمْلِك إيقاع الطلاق السنّي، ويملك تعليقه، ويَجْري هذا الخلاف فيما إذا قَالَ لأمته: إذا ولدت فولدك حرٌّ، ففي وجْه: لا يصحُ هذا التعليق؛ لعدم الملك فيه، وفي وجْه: يصحُ لأنه مَلَك الأصل، فجاز أن يُقَامَ مقام[2] الفرع، كما أن مستحِقّ الدار يتصرّف في المنافع ويلغي استحقاق الأصْل؛ للتصرف في الفَرْع، وهذا الخلاف على ما ذَكَره الإمام وغيْره فيما إذا كانَتْ حائلاً عنْد التعليق ثم حَمَلَت، فإن كانت حاملاً حينئذٍ، فتحصل الحريّة.

وقوله في الكتاب «فإذا قال لأجنبية أنتِ طالقٌ لم يَقَعْ، ولم يَنْقُصِ العَدَد» إنما قال لم ينقص العدد بعد قوله: «لم يقع لأن عدم الوقُوع على الأجنبية، كالواضح الّذي لا شبهة فيه، إذ رفع القيد؛ حيث لا قَيْد محال، وقد يُقَال: وقوع الطلاق حيْث لا نكاحَ شيْءٌ [لا] يتوهم؛ فلا حاجة إلى ذكْره فبين بقوله: «ولم ينقص العدد» ما هو في معرض التوهُم، وهو النفوذ في نقصان العَدَد، وإن لم يكن قيِّد، كما أن طلاق المختلعة يقع عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ على معْنَىٰ نقصان العدد، وإن كانت البينونة حاصلة.

وقوله: «لم يقع إذا نكحها» يجوز أن يعلم بالواو مع الحاء لما تقدم.

وكذا قوله: «لو قال لأمَتِه إذَا ولَدتٌ فوَلَدُكِ حُرٌ» يعني على أحد الوجهين.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَلَوْ قَالَ لِزَوْجَتِهِ: إنْ دَخَلْتِ الدّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثُمّ أَبَانَهَا فَدَخَلَتْ ثُمّ نَكَحَهَا فَدَخَلَتْ لَمْ يَقع (و) الطّلاَقُ لانحِلاَلِ اليَمِينِ بِالدُّخُولِ الأَوّلِ، وَلَوْ لَمْ تَدْخلْ حَتّى نَكَحَهَا فَفِي وُقُوعِ الطّلاَقِ قَوْلاَ عَوْدِ الحِنثِ، وَلَوِ اسْتَوْفَى الثّلاَثَ بِالتّنْجِيزِ لَمْ يَعُدِ الحِنْثُ (و) فِي نِكَاحِ بَعْدَهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: تبيَّن في الفصْل السابق: أن التعْليق إنّما يصحُ إذا وَقَعَ في حال

---

(١) في ز: أي.
(٢) في ز: ملك.

الولاية على المحلِّ، ومقْصُود هذا الفَصْل أنّه هلْ يُشْتَرَط دوام الولاية من وقْت التعليق إلى وقْت حُصُول الصفة(١) ومهما علّق الطلاق بدُخُول الدّار أو بصفة أخرى وأبانها إما بالطّلاق قبْل الدخول، أو بالطّلاق علَىٰ عوض، أو بالطلقات الثلاث ووجدت الصفة في حال البينونة، ثم نكَحَها، فوُجِدَت ثانياً، لا يقع الطلاق، لأن اليمينَ تنحَلُّ بذلك الدُّخُول، وكذا الحُكْم لو ارتدَّ قبْل الدخول، ووُجِدَت الصفة، ثم أسْلَم، ونَكَحها [فوجدت الصفة ثانياً] وقال أبو سَعِيدٍ الإِصطخري: لا تنحلُّ اليمين، ويقع الطلاق بالدخول الثاني بعد النكاح؛ لأن قرينة الحَال تدُلُّ على أنّه أراد الدخُول في النِّكَاح، فيصير كما لو قال: إن دخلْتِ الدار، وأنتِ زوجتي، فأنْتِ طالقٌ هكذا [أطلقوا] الحكاية عن الإِصطخري، والوجه ما نقله الحنَّاطي؛ وهو أن وقوع الطلاق عنْده يكُون على قَوْلَيْ عود الحنث، كما لم تُوجَد الصفة في حال البينونة، وظاهر المَذْهَب: أنه لا يقطع الطّلاق على القولَيْن؛ لأن اليمين تتناول الدخلة الأولَى، وقد حَصَلت، ولكن تعذَّر إيقاع الطلاق؛ لعَدَم الملك، فيحصل بها الانحلال، واليمينُ إذا تعلّقت، لم يُعْتبر فيها المِلْك؛ ألا تَرى أنه لو قال: إن دخلْتُ الدارَ، فأنتِ طالقٌ، والدارُ فِي مِلْكه، فباعها ثم دَخَلها، وقع الطلاق، ولم يُجْعَل كما لو قال: إن دخَلْتِ هذه الدار، وهي في مِلْكِي، وبهذا الطريق يُدْفَع وقوع الطلقات الثلاث إذا علقها على فعْل، ولم يَجِدْ بداً منْه، ولم يَرد وقوع الطلاق، فيبينها ويأتي به، ثم يجدِّد النكاح، فلا يُؤَثِّر حصولُه من بعْد، ولنعلم؛ لمذهب الإِصطخري قولَه في الكتاب «لم يقع الطلاق» بالواو، وكذا بالميم والألف؛ لأن عندهما لا تنحَلُّ اليمين بما وُجِدَ في حال البينونة، وتعود الصِّفَة في النكاح إلا أن مالكاً إنما يقول بذلك إذا كانت الإِبانة بما دُون الثلاث، ويساعِدُنا فيما إذا أبانها بالثَّلاث، ووافقنا أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ على انحلال اليَمِين بما وُجِدَ في حال البينونة وعدم وقوع الطلاق إلا أنَّ عنْده إذا كانت الإِبانة بالخُلْع فما دامَتْ في العدة يلْحَقُها الطلاق، لو وُجِدَت الصفة، لأن المختلعة يلحقها الطلاق لو وُجِدَت الصفة، لأن المختلعةَ عنْده يلحقها صريح الطلاق، وهذا إذا كان التَّعْليق بصيغة «إن» و «ما» لا يقتضي التَّكْرار، فأما إذا قال: كُلّما دخَلْتِ الدار فأنتِ طالقٌ، وأبانها ودخلَتِ الدارَ، ثم نَكَحَها، ودخلَتْ فوقوع الطلاق عليها للدخول الثاني؛ على الخِلاَف في عود الحنث لا محالة، ولو لم تُوجَد الصفَة في حال البينونة وَوُجِدَتْ بعدما نكَحَها، فيُنْظَر؛ إن أبانها بما دون الثلاث، فنَصُّه في القديم أنّه يقع الطلاق وتَعُود اليمين في النكاح الثاني، وجعله في الجديد على قولَيْن وإن أبانها بالثَّلاث، فنَصُّه في الجديد

---

(١) في ب: الصفقة.

أنه لا يقع الطلاق، ولا تعودُ اليمين، وجعَلَه في القديم على قولين؛ فيخصُل من ذلك في المسألة ثلاثة أقوال:

أحدها: وبه قال أحمد: أنَّه يقَع الطلاق، وتعود اليمين سواء أبانها بثلاث أو بما دونها؛ لأنَّ التعليق والصِّفَة وُجِدَا جميعاً في المِلْك، وتخلل البينونة لا يُؤَثِّر لأنه ليس وقت الإيقاع ولا وقت الوقوع.

والثاني: وبه قال: أبو حنيفة ومالك ـ رحمهم الله ـ: أنَّه إن أبانها بثلاث، لم تعد اليمين؛ لأنَّه استوفى ما علق من الطلاق، وهذه طلقات جديدةٌ وإن أبانها بما دون الثلاث، عَادَت ووقع الطَّلاقُ لأنه العائد البَاقِيَ، من الطَّلاق فتعود بصفتها، وكانت معلَّقة[1] بذلك الفِعْل المعلَّق عليه فتَعُود كذلك، وتدخُل في البينونة بما دون الثلاث، الخُلْع، والطَّلاق قبل الدُّخُول والرِّدَّة.

والثالِثُ: أنها لا تَعُود، ولا يقع الطلاق بحال، وبه قال المزنيُّ؛ لأنه تخلَّل بين التعليق والصِّفَة حالة[2] يمتنع وقوع الطلاق فيها[3] فرفع حكم اليمين، ولأنَّه تعليقٌ سبَق هذا النِّكَاح، فلا يُؤثِّر فيه بالطَّلاق، كما لو علَّق طلاقها قَبْل أن ينكحها.

واحتج المزنيُّ بأن قوله «إن دخلْتِ الدار، فأنْتِ طالقٌ» إما أن يكون النكاح الثاني مراداً به أو يكون المرادُ هو النكاحَ الأوَّلَ، ولا يجُوز أن يكون الثاني مراداً؟ لأنه يكون تعليقَ طلاقٍ قبْل النكاح؛ فيتعين الأول، وذلك النكاح قد ارتفع، وما الأظهر من هذه الأقوال؟ رجح الشيخ أبو حامد وطائفة الأوَّلَ منها، وإلَيْه ذهَب الشيخ أبو إسحاق الشيرازي.

وقال آخرون: المذهَبُ القوْل الثاني الفارق، واختاره الإمام وابن الصَّبَّاغ وغيرهما، والثالث الذي اختاره المزنيُّ، ويشبه أن يكون هذا أقوى توجيهاً.

وإن قلْنا به، فلو كانت الصفة المعلَّق عليها مما لا يمكن إيقاعه في حالة البينونة، كما إذا قَالَ: إن وطئتُكِ، فأنْتِ طالقٌ ثلاثاً، فيتخلص إذا أبانها ثم نكَحَها، ولا يقَع الطلاق بالوطء في النكاح الثاني، وبه أجاب القاضي الرُّويانيُّ، أنَّه إذا قال لامرأته إذا بِنْتِ مني، ونكَحْتُكِ ودخلت الدار فأنْتِ طالقٌ [أو قال إن دخلت الدار بعدما بنت مني ونكحتك فأنت طالق] فالَّذي صحَّحه المعتبرون من الأصحاب منهم القفَّال: أنه لا يقع الطلاق، إذا دخلَتِ الدار بعْد البينونة والنكاح، ولا يخرج على

---

(١) في أ: متعلقة.
(٢) في ز: حال.
(٣) في ز: منها.

القولَيْن، وغلَّطوا من قال وبتخريجه على ذلك الخِلاَف وعلى هذا القياس فلو قال: إن دخلْتِ الدار قبْل أن أبينك، فأنْتِ طالقٌ وإن دخلْتِها بعْد ما أبنتُكِ، ونكحتُكِ، فأنتِ طالقٌ، يبطل التعليق الثاني، ويصحُّ الأول، ولو كان الطلاق يقع في النكاح الثاني عند الإطلاق، لَمَا امتنع التصريحُ بما هو مُقْتضَىٰ الإِطْلاق، ولو عَلَّق طلاقها بصفة ثم طَلَّقها طَلْقةً رجعية، وراجَعَها ثُمَّ وُجِدَت الصفة، فلا خلاف في وقوع الطَّلاَق؛ لأنَّه ليس نكاحاً مجدّداً، ولم تحْدُث حالةٌ تمْنَع من الوقوع، ولو علَّق عتْق عبْده بصفة ثم أزال المِلْك عنه ببيع[1] غيره، ثم ملكه ثانياً، ثم وُجِدَت الصفة، ففي حُصُولِ العِتْق الخلاف في عَوْد اليمين، ثُمَّ من الأصحاب من قال إنه كالإبانة بالثّلاث، لأن العائد مِلْك جديد من كل وجه لا تعلُّق له بالأول؛ كالنكاح المجدّد بعد الطلقات الثلاث؛ فعلى هذا لا يُعْتَق في الجديد، وفي القديم قولان؛ منهم من قال: هو كالإبانة بما دُون الثّلاث، وهو المذكور في «التهذيب»، لأنه لم يتخلَّل بين التعليق، والصفة حالةٌ يمتنع فيها مِلْكه، كما لم تتخلَّل هناك حالةٌ يمتنع فيها مِلْك النكاح، وإنما تكون كالإبانة بالثّلاث إذا علَّق الذميُّ عتق عبده الذمي بصفةٍ ثم أعتقه، فنقض العَهْد، والتحَق بدَار الحَرْبْ ثمّ سُبيَ واسترق، فمَلَكَه سيِّده الأول، لأنه تخلَّلت حالة يمتنع فيها المِلْك، وهي حالة الحرمة، وإذا قلْنا: إنَّه كالإبانة بما دون الثلاث، فيعتق على القديم، وفي الجديد قولان: وقوله في الكتاب «ولو لم تدْخل حتَّى نَكَحها» يعني أبانها بما دون الثلاث، يُبَيِّنه قوله من بعد «ولو استوفى الثلاث بالتنجيز» وقولُه: «قَوْلاَ عَوْدِ الحنث في وقوع الطلاق في النكاح».

[الثاني][2]: يعبر عنه بالخلاف في عود الحنث، وبالخلاف في عود اليمين، لأن على قول لا يتناول اليمين النِّكَاحَ الثاني، ولا يحْصُل الحنث فيه وعلى قول يتناوله ويحصل الحنث فيه ويَجْري الخلاف في الإِيلاء والظِّهار، إذا وُجِدَا في نكاح هل يثبت حُكْمُهما في نكاح جديد؟.

وقولُه: «لم يعد الحنث في نكاح بعده» معلم بالواو والألف، ولم نَذْكُرِ اختلاف القولين ها هنا؛ لظهُور القول بمنع العَوْد.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَمَنْ طَلَّقَ طَلْقَةً أَوْ طَلْقَتَيْنِ فَبَانَتْ وَوَطِئَهَا زَوْجٌ آخَرُ ثُمَّ عَادَتْ إِلَى الأَوَّلِ عَادَتْ بِبَقِيَّةِ الطَّلاَقِ وَلَمْ يَنْهَدِمِ (ح) الطَّلاَقُ المَاضِي، وَإِنَّمَا يَنْهَدِمُ إِذَا نَكَحَتْ بَعْدَ الثَّلاَثِ زَوْجاً آخَرَ، وَالحُرُّ يَمْلِكُ ثَلاَثَ تَطْلِيقَاتٍ عَلَى الحُرَّةِ وَالأَمَةِ (ح)، وَالعَبْدُ يَمْلِكُ

(١) في ب: يمنع.

(٢) سقط في ز.

ثِنْتَيْنِ عَلَى الحُرَّةِ وَالأَمَةِ (ح)، فَلَوْ طَلَّقَ الذِّمِّيُّ طَلْقَتَيْنِ ثُمَّ الْتَحَقَ بِدَارِ الحَرْبِ وَاسْتُرِقَّ كَانَ (ح و) لَهُ نِكَاحُ المُطَلَّقَةِ، وَلَوْ طَلَّقَ وَاحِدَةً ثُمَّ طَرَأَ الرِّقُّ لَمْ يَمْلِكْ إلاَّ طَلْقَةً وَاحِدَةً، وَلَوْ طَلَّقَ فِي الرِّقِّ طَلْقَتَيْنِ ثُمَّ عُتِقَ لَمْ يَحِلَّ (و) لَهُ نِكَاحُهَا، وَإِنْ طَلَّقَ وَاحِدَةً ثُمَّ عُتِقَ مَلَكَ طَلْقَتَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الفصْل يصرِّح بقاعدتين ويتضمَّن قاعدةً ثالثةً؛ إحدى الأولَيَيْنِ لا شَكَّ أنَّه إذا راجع المطلَّقة الرجعيَّة تعود إليه بما بقي من الطَّلاق وكذا الَّتي فارقها بطلقة أو طلقتين، وبانت منه قَبْل أن يَنْكح زوجاً آخر أو بعده، وقَبْل الإصابة، فلو نَكَحها زوج آخر، ووطئها، ثم جدَّد الأول نكاحَها؛ فلذلك تعود إليه بما بقي من الطلاق، وبه قال مالك وأحمد.

وقال أبو حنيفة: تعود الطلقات الثَّلاث، ويَهْدِم الزوج الثاني ما وقع من الطَّلقات.

واحتج الأصْحَاب بما رُوِيَ عَن عُمَرَ ـ رضي الله عنه ـ أنَّه سئل عمن طَلَّق امرأته طلقَتَيْنِ، وانقضَتْ عدَّتها فتزوجت غيْره، وفارَقَها، ثُمَّ تزوجها الأول، فقال هِيَ عنده على ما بقي له من الطلاق[1]، وبأن الطلقة والطلقتين لا يُؤَثِّران في التحريم المُحْوج إلَىٰ زَوْج آخر، فالنكاح الثاني، والدُّخول فيه لا يهدمانها، كوطء السيدِ الأمةَ المطلَّقة، وأما إذا طلَّقها ثلاثاً فنَحكت زوجاً آخر، ودخل بها، ثُمَّ فارقها ونكَحَها الأول، فتعود إليه بثلاث طَلقَات، لأنَّ دخُول الزَّوْج الثاني أفاد حِلَّ النكاح، ولا يمكن بناءه على العَقْد الأول، فيَثْبُت نكَاح يستفتح بأحكامه.

والثانية: الحرُّ يملك ثلاثَ طلقات على الزَّوْجة الحرة والأَمة، والعبْدُ لا يملك إلاَّ طلقتين على الحُرَّة والأمة.

وعنْد أبي حنيفة الاعتبارُ بالزَّوْجة فيملك العبْد على الحُرَّة ثلاثاً، ولا يملك الحر على الأَمَة إلاَّ طلقتين.

لنا ما رُوِي أنه ـ ﷺ ـ قال: «الطَّلاَقُ بِالرِّجَالَ، والعِدَّةُ بِالنِّسَاءِ»[2] أي العبرة وفي الطَّلاق بالرجال.

---

(١) أخرجه البيهقي من طريق الحميدي، عن سفيان، عن الزهري، عن حميد بن عبد الرحمن وعبيد الله ابن عبد الله، وسليمان بن يسار، عن أبي هريرة، وعن يحيى بن سعيد، عن سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة قال: سألت عمر عن رجل، فذكره قال الحافظ في التلخيص: وإسناده صحيح.

(٢) أخرجه الدارقطني والبيهقي من حديث ابن مسعود موقوفاً، والبيهقي عن ابن مسعود وابن عباس موقوفاً أيضاً، وقال أحمد في العلل نا محمد بن جعفر نا همام عن قتادة عن سعيد بن المسيب: =

ورُوِيَ مرفوعاً وموقوفاً على ابن عمر ـ رضي الله عنه ـ «أن العبد يُطلق تطليقتين»[(١)] وروى نفيعاً وكان عبداً سأل عثمان، وزيداً ـ رضي الله عنهما ـ وقال: «طَلَّقْتُ آمْرَأَةً لِي حُرَّةً طَلْقَتَيْنِ، فقَالاَ: حَرُمَتْ عَلَيْكَ»[(٢)].

والمدبر والمكاتب ومَنْ بعْضه رقيقٌ كالقنِّ.

الثالثة: كلُّ واحدٍ من الحُرِّ والعَبْد إذا أوقع ما يملك من الطَّلاق بتمامه، حرمت المطلقة عَليْه حتَّى تنكح زوجاً آخر، ويصيبها، وهذا أصل وقد مَرَّ شرحُه في قسْم الموانع من «كتاب النِّكاح».

إذا عَرَفْتَ هذه القواعد، فلَوْ طلَّق الذميُّ امرأته طلْقَةً ثُمَّ نقض العهْد، فسُبِيَ واسترق، ونكَح بإذن سيِّده تلْك المرأة المطلَّقة مَلَك عليها طلقةً واحدة، لأنَّه طلَّقها قبْل ذلك طلْقةً، ولم يستوفِ ما يملكه العبْد من الطلاق، فيملك الآن وهُو رقيقٌ ما بَقِيَ من عَدَد العبيد، ولو كان قدْ طلَّقها طلقتَيْن، ثم طرأ الرِّقُّ بأن نقَض العَهْدُ، فسُبِي واسترق، وأراد نِكَاحَ تلْك المرأة: قال ابن الحَدَّاد: له ذلك؛ لأنَّها لمْ تَحْرُم عليه بالطلقتين يومئذٍ فعروض الرِّق لا يَرفَعُ الحِلَّ الثابت، وحكى الشيخ أبو عليٍّ وجهاً: أنَّه ليْس له نكاحُها، لأنَّه الآن رقيقٌ، وقد طلَّق من قبْلُ طلقتين، ولا يحلُّ للرقيق من طلقها طلقتين، والظاهر: الأول، وإذا نكحها، كانت عنْده بطلقة.

ولو طلَّق العبْد امرأته طلْقةً، ثم عَتَق، فراجَعَها أو جدَّد نكاحَها بعْد ما بانَتْ منْه كانَتْ عنْده بطَلْقَتيْن، لأنَّه عتَقَ قبْل استيفاء عَدَد المماليك، ولو كَان قَدْ طلَّقها

= أن علياً قال: البت بالنساء، يعني الطلاق والعدة، قلت لهمام: ما يرويه أحد غيرك، قال: ما أشك فيه.

(١) أخرجه مالك في الموطإ والشافعي عنه عن نافع عن ابن عمر موقوفاً، ورواه ابن ماجه والدارقطني والبيهقي من وجه آخر، عن ابن عمر مرفوعاً. طلاق الأمة اثنتان، وعدتها حيضتان، وفي إسناده عمر بن شبيب وعطية العوفي وهما ضعيفان، وصحح الدارقطني والبيهقي الموقوف ولفظه عندهما: إذا طلق العبد امرأته تطليقتين، فقد حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره، حرة كانت أو أمة، وعدة الحرة ثلاث حيض، وعدة الأمة حيضتان، وفي السنن من طريق مظاهر بن أسلم عن القاسم عن عائشة مرفوعاً؛ طلاق الأمة تطليقتان، وعدتها حيضتان، ورواه البيهقي من طريق عطية عن ابن عمر أيضاً قاله الحافظ.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ، والشافعي عنه به، وأتم منه، ورواه عبد الرزاق من وجه آخر، عن أم سلمة: أن غلاماً لها طلق امرأة له حرة تطليقتين، فاستفتت أم سلمة النبي ـ ﷺ ـ فقال: حرمت عليه.

وفي إسناده: عبد الله بن زياد بن سمعان، وهو متروك.

اثنتين، ثم عَتَق لم يَكُنْ له نكاحُها؛ لأنّه حرٌّ في الحال، والظّاهر الأوّل، لأنّها حَرُمَت عليه بالطلقتين في الرّق، فلا ترتفع الحرة بعتق يَحْدُث بعْده، كما قلْنا: إن الذميَّ الحرَّ إذا طلَّق طلقتين، ثم استرق[1]، لأنه يرتفع الحِلُّ بِعِتْق يحْدُث بعده، وقد سبقت هذه الصورة، ونظائرها في «نكاح المشركات» وقولُه في الكتاب «فلَوْ طَلَّق الذميُّ طلقتين، ثم التَحَقَ بدَار الحرب» وقدْ وقع في لفظ ابن الحَدَّاد، وتصويره مثْل ذلك.

قال الشيخ أبو عليّ: الالتحاق بدار الحَرْب لَيْس شرطاً، بل إذا فَعَل ما ينقض به العَهْد، يجوز استرقاقه، سواء لحق بدار الحَرْب أو لم يَلْحَق، وليعلم بالحاء قوله: «ببقية الطلاق» وقوله: «والأمة» وقوله: بعد ذلك «على الحرة» بالواو.

وقوله: «كانَ له نِكَاحُ المطلَّقة» وقوله: «لم يحِلّ له نكاحها».

فَرْعٌ: لابن الحدَّاد: طلَّق العبْد زوجتَه طلقتين، وأعتقه سيِّده، فإن سَبَق الطَّلاق العِتْق، حرمت عليْه إلاَّ بمحلِّل، وإن سَبَق العتقُ الطلاَق، فله الرجعة بشرطها، وله تجْديدُ النّكاح إذا بَانَتْ.

فإن أشْكَل السابقُ، واعترف الزوجان بالإشكال، قال ابن الحدَّاد، وساعده أكثرهم: لَيْس له رجْعَتُها، ولا أن يَنكِحَها إلاَّ بعْد زوج آخر؛ لأن الرِّقَّ ووقوع الطلقتين معلومان، والأصل بقاء الرّق حين أوقعهما، «النهاية» وجْه آخر: أن لَهُ الرجْعة والنكاحَ من غيْر زوج آخر؛ لأن الأصْل وألاَّ تحريم.

ولو اختلف في السابِق، نُظِر؛ إن اتفقا على وقْت الطَّلاق، كيوم الجمعة مثلاً، وقال الزوج عتقت يوم الخميس وقالت: لا بَلْ يوم السبت، فالقَوْل قولها؛ لأنَّ الأصْل دوامُ الرِّقّ يوم الخميس، وإن اتفقا على وَقْت العتق، كيوم الجمعة، وقال الزوج: طُلِّقَتْ يوم السبت، وقالَتْ: بل يوم الخميس، فالقولُ قوله؛ لأن الأصْل دوامُ النكاح يوم الخميس؛ لأنّه الموقِّع للطلاق، فهُو أعرف بوقت الطلاق وإن لم يتَّفقا على وقْت أحدهما، وقال الزَّوج: طلقتك، بعْدما عَتَقْتُ، وقالت: بَلْ قبله، واقتصر عليْه، فالقَوْل قوْلُ الزوج أيضاً، لما ذكرنا أنّه أعْرف بوقت الطلاق.

فَرْعٌ: قد سَبَق في مسائل التحليل: أنّه لو قالت المطلقة: نَكَحَنِي زوجٌ آخر، وأصابني وفارقني، وانقضتْ عِدَّتي، ولم يغْلِب عَلَىٰ ظنّه صدْقُها أن الأولى ألاَّ يَنْكِحَها، وهل يجب عليه البحث عن الحال عن أبي إسحاق أنّه يُسْتَحَبُّ البحث.

---

(١) في ب: استوفى.

وقال القاضي الرُّوياني: أنا أقول: يجِبُ البحث في هذا الزمان، وقد رأيتُ امرأةً ادَّعَت ذلك؛ لتَرْجِع إلى الزَّوْج الأول، وكان الزَّوْج الثاني يَحْلِف بالأيمان المغلَّظة على أنَّه ما أصابها، وتَبَيَّنَ كَذِبُها وصِدْقُه.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَالقَوْلُ الصَّحِيحُ الجَدِيدُ أَنَّ طَلاَقَ المَرِيضِ قَاطِعٌ (ح) لِلمِيرَاثِ كَطَلاَقِ الصَّحِيحِ فَلاَ مَعْنَى لِتَطْوِيلِ التَّفْرِيعِ عَلَى القَوْلِ الضَعِيفِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: طَلاَقُ المَرِيض في الوقوع كطلاق الصَّحِيح، ثُمَّ إن كان رجْعياً فيبقى التوارث بيْن الزوجين ما لم تَنْقَضِ العدَّة، حتى إذا مات أحَدُهما، ورِثَه الآخر، وإذا انقضَتْ عدَّتُها، ثم مات أحدهما، لَمْ يرثه صاحبُه، وأما إذا طَلَّقَها في مرض موته طلاقاً بائناً ففي كونه قاطعاً للميراث قولان: القديمُ، وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد ـ رحمهم الله ـ: أنَّه لا يكون قاطعاً؟ لأن قصْد الفرار من الميراث ظاهرٌ في هذا الطلاق، فيَحْسُن أن يُعَاقَب بنقيض قصْده، وكما لو قَتَل مورِّثه؛ استعجالاً للإرث يَحْرم الميراث، وطَلَّق عبْد الرَّحْمَن بن عوف ـ رضي الله عنه ـ امرأته الكلبية في مَرَض موته، فورثها عثمان ـ رضي الله عنه ـ.

وأصحُهما: وهو الجديد واختيار[1] المزنيّ: أنَّه يقطع إرثها؛ لأن الميراث بالزَّوْجيَّة، وقد انقطعت الزوجيَّة، ولأنه لا يَرِثُ منها لو ماتَتْ قبْله بالاتفاق، كذلك لا تَرِثُ هي منه، فإن قلنا بالجديد، انقطع الكلام، ولا تفريع، واقتصر في الكتاب على ما ذَكَره، وأعرض عن التفريع على القديم، وقال: لا معنى لتطويل التفريع على القَوْل الضعيف، ولو سلَكْنا هذا المسلك في مسائل القَوْلين والوجهين، لانحطَّت عنَّا مُؤَنٌ كثيرة وفاتتْنا لطائف كبيرة فتفرع على القديم كما [هو] دأْب الفِقْه.

ونقول إذا قلنا: إنَّها ترِثُ فإلى متى ترث؟ فيه أقوال:

أحدها: وبه قال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ: أنَّها ترثُ إلى انقضَاء عدَّتِها، فإن ماتَ بَعْدَ انقضائها، لم ترثْه، لأنَّه لم يبق شيْءٌ من أحكام النِّكاح، عنْد الموت.

والثاني: ترث إلى أن تنكح زوجاً آخر، فإن مات بعْده، لم ترِثْ، كأنها رضيت بفرقته، وأسقَطَتْ عُلْقَتَها، عنه.

والثالث: وبه قال مالك ـ رحمه الله ـ: ترثُ متَى مات، وإن كان بعْد ما

---

(١) في ب: واختار.

نَكَحَتْ زوجاً آخر؛ لأن حقها ثَبَت في ماله، فلا يسقط نكاحُها، كالمهر، والنفقة.

وعن أحمد ـ رحمه الله ـ روايتان كالقولين الأوَّلَيْن، ولو جَرَى ذلك قبْل الدخول، فعَلَى القَوْل الأول: لا تَرِث؛ لأنَّه لا عِدَّة، ويجري فيه القولان الآخران.

وإن أبان في مَرَضه أربَعَ نسوة، ونكح مكانهن أربعاً، ثم مات فلمن يكون الميراث؟! فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: وبه قال مالك ـ رحمه الله ـ: للمطلَّقات؛ لتقدم حَقِّهن.

والثاني: للجديدات؛ لأنَّ لهنَّ حقيقةَ النكاح، بخلاف المطلَّقات.

وأظهرها: أنه للصنفين جميعاً.

قال الإمام ـ قدَّس الله روحه ـ: ومنشأ التردُّد ما في توريث الزيادة على العَدَد الشرعيِّ من الاستبعاد، أما لو أبان امرأةً، ونكح أخرى، فلا وجه إلاَّ توريثهما، ولو أبان واحدة ونكح أربعاً أو بالعكس جَرَى الخلاف، وإنما ترث المبتوتة على القول القديم إذا طلَّقها لا بسؤالها، أمَّا إذا طلَّقها بسؤالها أو اختلاعها أو قال: أنتِ طالقٌ إن شئْتِ، فقالت: شِئْتُ، فلا ترثه، ولا يكون الزَّوْج فاراً، وبه قال أبو حنيفة.

وقال ابن أبي هريرة: إنها ترث وإن طلقها بسؤالها لأن الطلاق، في قصة عبد الرحمن بن عوف ـ رضي الله عنه ـ كان بسؤالها، وبه قال مالك: وكذلك أحمد في إحدى الروايتين [ولو سألت الطَّلاق، ولم يجبْها في الحال، ثم طلَّقها، فهو فارٌ] وكذا لو سألت طلاقاً رجعيًّا، فطلقها ثلاثاً، كان فاراً، ولو علَّق طلاقها بصفة نُظِرَ؛ إن علَّق بمضي مدة أو بفعل نفْسِه أو بفعل أجنبيٍّ، كان فارّاً، وفي التعليق بفِعْل الأجنبي وجْه أنَّه لا يكون فارًّا، وإن علَّق بفعلٍ من أفعالها نِظَر؛ إن لم يكُنْ لها منه بُدٌّ، كالنوم، والقيام، والقعود والطهارة، والأكل، والشرب، والصوم، والصلاة المفروضين، فهو[1] فارٌّ، وإن كان لَهَا منه بُدٌّ، فهو فارٌّ، وإذا لم تعْلَم بالتعليق وإلا فلا، فهُو كالتعليق بفِعْل الأجنبي، ويكون فارًّا.

ولو علِمَتْ ثم نَسِيَت، ففيه احتمالان للإمام ـ رحمه الله ـ، قال: والأشبه أنَّه فارٌّ.

وإن علَّق طلاقها في الصحة بصفة لا تُوجَدُ إلاَّ في المَرَض، كما إذا قال: إذا مَرِضْت مرض المَوْت، أو وقعت في النزع، فأنْتِ طالقٌ، فهُو طلاقٌ فارٌّ، فإن احتمل

---

(١) قال النووي: وهذا في الأكل الذي يحتاج إليه. فإن أكلت متلذذة، أكلاً يضرها، فليس بفارّ. قاله الإمام.

أن توجَد الصِّفة في الصِّحة والمرض، كما إذا قال: إذا جاء الغد أو قَدِمَ فلان، فأنْتِ طالقٌ، ثم جاء أو قَدِم، وهو مريض، فَفِيه قولان:

أصحهما: أنَّه ليس فارّ، وإذا فسخ النِّكَاح لعيبها في المرض، لم يُجْعَل فاراً لأن ما فيها من النَّقْص هو الذي دَعَاه إلَيْه.

ولو لاعن عنْها، وكان القَذْف في حال الصِّحَّة، لم يكن فارًا، وإن كان القذف في المَرَض أيضاً، فوجهان:

أصحهما: أنَّه لا يكون فارًا؛ لما يتعلق به من فرض نَفْي النَّسَب، وإسْقَاط الحد.

والثاني: قال أبو حنيفة واختاره القاضي ابن كج.

ولو طلق العبد امرأته، والحرُّ امرأته الأمة أو المسلم زوجته الذميَّة في المَرَض، ثم عَتَق العبد أو الأمة، أو أسلمت الذمية في العِدَّة، ثم مات الزوج، فلا إرث، لأنَّها لم تكُنْ وارثةً يَوْم الطَّلاق، فلا تهمة، وكذا لو أبانها في مرضه بعْدما ارتدَّ أو ارتدَّت، ثم جمَعَهُما الإِسْلام في العدَّة؛ لأنها لم تكُنْ وارثةً يومئذ، ولو ارتدَّت بعْد ما أبانها في المَرَضْ ثم عادَتْ إلى الإِسلام، فهو فارٌّ؛ لقيام التهمة.

ولو قال لزوجته الأمة: أنتِ طالقٌ غداً فعَتَقَتْ قبْل الغد أو طلَّقها، وهُو لا يَعْلَم أنَّها عَتَقَتْ، فليس بفَارٍّ وكذا لو ارتدَّ في المرض قبل الدخول أو بعده، وأصر إلى انقضاء العدَّة، ثم عاد إلى الإِسْلام، ومات لم يكن فارًا لأنَّه لا يقْصِد بتبديل الدِّين حرمان الزوجة عن الميراث، وفيه وجْه ضعيف، وقَدْ قيل بطَرْده فيما إذا ارتدت المرأة حتَّى تجعل فارَّة يرِثها الزوج.

ولو أبان المُسْلِمَة في المَرَض، فارتدَّتْ، وعادت إلى الإِسْلام في العدة، وَرِثَت؛ لأنَّها بصفة الوارثين يَوْم الطلاق، ويوْم المَوْت، وكذا لو عادَتْ بعْد انقضاء العدَّة، إن قلْنا: إن المبتوتة تَرِثُ بعد انقضاء العدَّة.

ولو طلَّق زوجته الأمة في المَرَض، وعتقت، واختلفا، فقالَت المرأة: طَلَّقَنِي بعْد العِتْق فلي الميراثُ، وقال الوارث: بل قبْله، فلا ميراث لك، فالقول قوْلُ الوارث مع يمينه، لأنَ الأصْل استمرار الرِّقِّ.

ولو أرضعتْ زوجها الصغير في مرض مَوْتها، فقَدْ قيل: تُجْعَل فارَّة عَن الميراث، ويرثها الزوج، وظاهر المذهب خلافُه، وشبّه هذا الخلاف بالخلاف فيما إذا أعتق العَبْد، وتحته أمة لا خيار لَهُ على الظاهر، وإن كان يثبت لهَا الخيار إذا أعتقتْ تحْت عبد.

ولو أقرّ في المرض بأنّه أبانها في الصحّة، فلا يُجْعَل فارًا، ويُصَدَّقُ فيما يقوله، وتحسب العدة من يومئذٍ، وفيه وجْه للتهمة، والأظْهر الأول، قال القاضي أبو الطيِّب ـ رحمه الله ـ: لأن المريض إذا أقرّ بما فَعَلَه في صحَّته، كان كما لو فَعَلَه في الصحَّة؛ ألا ترى أنّه لو أقر في مرضه أنّه وهَبَ في الصحَّة أو قبض، كان من رأس المال، وقد يجيْء الخلاف في هذه الصورة، كما حكَيْنا الخلاف فيما إذا أقَرَّ في مرض المَوْت أنه وهب من وارثه في الصحّة إذ فرّعنا على أنّه لا يقبل إقراره للوارث.

فرْعٌ: طلَّق إحدى امرأتيه، ثم مَرِضَ مرَضَ المَوْت، فقال: عنيت هذه، قُبل قوله ولم ترث وإن كان قد أبْهم، فعيَّن في المرض واحدة، قال إسماعيل البوشنجي ـ رحمه الله ـ: يُخرَّج على أن التعيين إيقاعُ الطلاق في المعيَّنة، أو بيان لمحل الطلاق الواقع، إن قلْنا بالثاني، لم تَرِث، وإن قلْنا الأول، فعلى قولَيْ توريث المبتوتة[1] والله أعلمٌ.

تم الجزء الثامن، ويليه الجزء التاسع

وأوله: «في تعديد الطلاق»

(١) قال النووي: إنما ترث المبتوتة على القديم إذا أنشأ تنجيز طلاق زوجته الوارثة بغير رضاها في مرض مخوف، واتصل به الموت ومات بسببه. فإن برأ من ذلك المرض، ثم مات، لم ترث قطعاً. ولو مات بسبب آخر، أو قتل: في ذلك المرض، فقطع صاحب «المهذب» وغيره، بأنها لا ترث على القديم. وقال صاحب «الشامل» و «التتمة»: ترث.

فهرس محتويات
الجزء الثامن
من
العزيز شرح الوجيز



الفهرس

تتمة كتاب النكاح

كتاب الصداق

كتاب القسم والنشوز

كتاب الخُلع

كتاب الطلاق











